



TOWARZYSTWO  
BIBLIOTEKI  
SŁUCHACZÓW  
PRAWA UJ

# Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ



Numer 1/2012 (8)

[www.tbsp.pl](http://www.tbsp.pl)

ISSN-1689-9601

Publikacja wydawana przez  
Towarzystwo Biblioteki Słuchaczy Prawa UJ

Autorzy

**Marcin Banasik**

**Magdalena Danek**

**Grzegorz Glanowski**

**Aneta Makowiec**

**Mikołaj Małecki**

**Dominik Zając**

**Irene Ruiz Olmo**

**Francisco Delgado Piqueras**

Projekt graficzny i łamanie

**Marta Woszczak**

Adiustacja i korekta

**Agnieszka Kukiela**

Kolegium Redakcyjne

Zeszytów Prawniczych oraz

Internetowego Przeglądu

Prawniczego TBSP UJ

**Karolina Gorczyca**

**Mateusz Pacak**

**mgr Aleksandra Puczeko**

**mgr Maciej Pleszka**

**mgr Wojciech Szkałubowicz**

Adres redakcji

**ul. Bracka 12/302,**

**31-005 Kraków**

**e-mail: redakcja.ipp@tbsp.pl**

**www.tbsp.pl**

**© by tbsp uj**

# Spis treści

---

Marcin Banasik.....	4
<i>Udział organizacji społecznej w postępowaniu administracyjnym</i>	
Magdalena Danek.....	18
<i>Ochrona baz danych we Wspólnocie Europejskiej i zasięg prawa sui generis na tle Dyrektywy Nr 96/9/WE – konstrukcja regulacji i skutki ekonomiczne</i>	
Grzegorz Głanowski.....	40
<i>Konstytucyjny model ochrony zdrowia</i>	
Aneta Makowiec.....	45
<i>Glosa aprobowująca do wyroku NSA dotyczącego kwestii wyłączenia piastuna funkcji ministra na podstawie art. 24 § 1 pkt 5 k.p.a w postępowaniu wszczętym na skutek wniesienia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy</i>	
Mikołaj Matecki .....	52
<i>Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2011 roku, IV KK 356/10</i>	
Dominik Zając .....	65
<i>Prawo miejskie i wiejskie wobec kradzieży z włamaniem. Analiza kodyfikacji oraz ksiąg sądowych południowej Polski okresu XVI–XVIII wieku</i>	
Irene Ruiz Olmo.....	74
<i>Cross border health care: essay on the ruling of The Court of Justice of the Communities: 15<sup>th</sup> of June 2010, c-211/08</i>	
Francisco Delgado Piqueras .....	81
<i>Toward a European regulatory scheme for the promotion of green power: ensuring energy supply, environmental protection and sustainable development</i>	

## Udział organizacji społecznej w postępowaniu administracyjnym

### 1. Wstęp

Kodeks postępowania administracyjnego<sup>2</sup> w art. 7 *in fine* statuuje zasadę uwzględniania w postępowaniu i załatwianiu spraw interesu społecznego i słusznego interesu jednostki. Zarówno interes jednostki, jak i interes społeczny są obiektami odpowiednio cennymi w świadomości społecznej<sup>3</sup>. Wartość, jaką przedstawiają, nie może jednak być szacowana *in abstracto*, czego konsekwencją jest fakt, że znaczenie zarówno jednego, jak i drugiego interesu organ administracji publicznej ocenia sam w procesie stosowania prawa i w odniesieniu do indywidualnej sprawy<sup>4</sup>. Zaspakajanie interesu jednostki najczęściej jest konsekwencją aktywności procesowej strony, z kolei jedną z możliwości uwzględnienia przez organ administracji publicznej interesu społecznego jest udział w postępowaniu organizacji społecznej.

Ogólne polskie postępowanie administracyjne przewiduje różnorodny charakter, w jakim może występować i pozycję, jaką może w nim zajmować organizacja społeczna. Podmiot ten może bowiem być stroną postępowania administracyjnego (art. 28 k.p.a. i 29 k.p.a.), organ organizacji społecznej – organem, przed którym toczy się postępowanie administracyjne (art. 1 pkt 2 k.p.a.) lub organem zajmującym stanowisko w sprawie rozstrzyganej decyzją administracyjną (art. 106 k.p.a.)<sup>5</sup>. Art. 31 k.p.a. określa natomiast możliwości różnego udziału organizacji społecznej w postępowaniu administracyjnym i statuuje warunki, jakie muszą

-----  
<sup>1\*</sup> Autor jest studentem V roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

<sup>2</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071 ze zm., powoływany dalej jako k.p.a.

<sup>3</sup> L. Leszczyński, *Stosowanie generalnych klauzul odsyłających*, Kraków 2001, s. 23–26.

<sup>4</sup> J. Borkowski [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, *Postępowanie administracyjne i sądownoadministracyjne*, Warszawa 2010, s. 37.

<sup>5</sup> A. Wróbel [w:] M. Jaśkowska, A. Wróbel, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 261.

zostać spełnione, by dana organizacja mogła skorzystać z prawnie przewidzianych możliwości działania. Mowa o uczestniczeniu przez organizację społeczną na prawach strony w postępowaniu dotyczącym innej osoby oraz o wyrażeniu organowi prowadzącemu postępowanie swojego poglądu w sprawie przy nieuczestniczeniu w niej na rzeczonych prawach strony.

## 2. Cechy definicyjne organizacji społecznej

Pojęcie organizacji społecznej, o którym mowa w art. 31 k.p.a., powinno być wykładane zgodnie z legalnym określeniem zawartym w art. 5 § 2 pkt 5 k.p.a., według którego ilekroć w przepisach k.p.a. jest mowa o organizacjach społecznych, rozumie się przez to organizacje zawodowe, samorządowe, spółdzielcze i inne organizacje społeczne. Jest to, jak słusznie zauważa G. Łaszczyca, jedynie przykładowe wskazanie podmiotów zaliczanych do kategorii organizacji społecznych, pozbawione określenia, jakie cechy owych podmiotów pozwalają na traktowanie ich jak organizacji społecznych w świetle przepisów k.p.a.<sup>6</sup>. Konsekwencją takiego stanu rzeczy jest to, że zarówno organ administracji publicznej, jak i inny podmiot często mają trudności z zakwalifikowaniem danego tworu jako organizacji społecznej, a to nieraz uniemożliwia skorzystanie z przysługujących na mocy art. 31 k.p.a. uprawnień procesowych.

Cechą obligatoryjną uznania danego podmiotu za organizację społeczną, z pewnością nie jest posiadanie osobowości prawnej, zaś samo pojęcie powinno być, zgodnie z poglądem reprezentowanym przez A. Wróbla, rozumiane możliwie szeroko<sup>7</sup>. Doktryna postępowania administracyjnego, opisując regulację zasad udziału organizacji społecznej w postępowaniu administracyjnym na prawach strony, wymienia pewne niezbędne cechy, które musi posiadać dany podmiot, by spełniać warunki uznania go za organizację społeczną. Do cech tych należą: osobowy substrat podmiotu, działanie na podstawie prawa i w sposób przez to prawo przewidziany, niezmienność (względnie trwałość) celu danej organizacji, pluralizm celu w aspekcie przedmiotowym oraz funkcjonowanie poza aparatem państwa<sup>8</sup>. Pierwsze z wymienionych wyżej kryteriów służy odróżnieniu organizacji o charakterze korporacyjnym z substratem w postaci osób je tworzących, które to organizacje spełniają standardy organizacji społecznych, od podmiotów o charakterze fundacyjnym, w przypadku których działalność skoncentrowana jest wokół substratu rzeczowego. Te ostatnie, zgodnie z licznym orzecnictwem sądów administracyjnych (m.in. wyrokiem NSA z 21 grudnia 2001 r.<sup>9</sup> oraz wyrokiem NSA z 6 maja 1998 r.<sup>10</sup>), nie zaliczają się do kategorii organizacji społecznych rozumianych na gruncie

---

<sup>6</sup> G. Łaszczyca [w:] G. Łaszczyca, C. Martysz, A. Matan, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, t. I, Warszawa 2007, s. 342.

<sup>7</sup> A. Wróbel, *Kodeks...*, s. 262.

<sup>8</sup> G. Łaszczyca, *Kodeks...*, s. 343–344.

<sup>9</sup> Wyrok NSA z 21 grudnia 2001 r., I SA 786/00, [www.nsa.gov.pl](http://www.nsa.gov.pl), 20.12.2011 r.

<sup>10</sup> Wyrok NSA z 6 maja 1998 r., IV SA 898/96, LEX nr 43351.

przepisów k.p.a. Odmienny pogląd wyraził jednak NSA w uchwale z 12 grudnia 2005 r., w której stwierdzono, że fundacja jako organizacja społeczna może, na podstawie art. 33 k.p.a. w związku z art. 25 § 4 ustawy z 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi<sup>11</sup>, zgłosić swój udział w postępowaniu sądowym w charakterze uczestnika postępowania w sprawie dotyczącej innej osoby<sup>12</sup>.

Działanie na podstawie prawa i w granicach przez nie przewidzianych, połączone z zakazem zrzeszeń, których cel lub działalność są sprzeczne z Konstytucją lub ustawą – to pojęcie legalności w znaczeniu formalnym i materialnym, zaś kryteria trwałości celu i możliwości jego różnorodności mają zapewnić odpowiednio: potrzebę zdefiniowania jednej z przesłanek inicjatywy procesowej organizacji społecznej określonej w art. 31 § 1 k.p.a (mianowicie statutowego celu jej działalności) oraz uzasadnienie dla zbiorczego i przykładowego określenia organizacji społecznej z art. 5 § 2 pkt 5 k.p.a.

Ostatnia z wyżej wymienionych przesłanek, czyli funkcjonowanie poza strukturą aparatu państwa, to istnienie w działalności organizacji społecznej pewnego zakresu (jak twierdzi T. Misiuk) wyodrębnionego organizacyjnie, uzupełnionego o postulat R. Malinowskiego niepodlegania ingerencji państwowej w trybie obowiązujących poleceń lub dyrektyw<sup>13</sup>.

Krótkiego komentarza wymaga sformułowanie art. 5 § 2 pkt 5 k.p.a., w którym to ustawodawca posłużył się pojęciem organizacji samorządowej. W myśl orzecznictwa NSA samorząd terytorialny, a zatem wszystkie organy tego samorządu, łącznie z organami jednostek pomocniczych, są wyłączone spoza zakresu pojęcia organizacji samorządowej, a w konsekwencji organizacji społecznej<sup>14</sup>. Pod zakres organizacji społecznej podpadają w związku z tym jedynie te spośród organizacji samorządowych, których podstawą działania jest więź wykonywania tego samego zawodu, tej samej pracy lub innej podobnej działalności<sup>15</sup>. Podobnie jak samorząd terytorialny, również i tzw. organy społeczne nie są traktowane jak organizacje społeczne. Wniosek ten wynika z wykonywania zadań przez osoby zorganizowane w danym organie jedynie na zasadzie społecznego zaufania, honorowo<sup>16</sup>.

---

<sup>11</sup> Dz.U. Nr 153, poz. 1270 ze zm., powoływana dalej jako p.s.a.

<sup>12</sup> Uchwała NSA z 12 grudnia 2005 r., II OPS 4/05, ZNSA, rok II, nr 1, 2006, s. 103 i n. z glosami J. P. Tarno, I. Skrzydło-Niżnik i J. Repela. Zdanie odrębne do uchwały wystosowały B. Adamiak i M. Rzążewska, które podnoszą, że skoro zasadniczym kryterium przy budowie pojęcia fundacji jest majątek, to przyjęcie rozszerzającej wykładni pojęcia organizacji społecznej narusza, w świetle art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej „prawo do sądu opartego na zasadzie sprawiedliwej procedury, która zapewnia równe prawo do obrony interesowi indywidualnemu i interesowi społecznemu (...). Rozszerzenie reprezentacji interesu publicznego na wszelkie formy organizacji społeczeństwa narusza równowagę na korzyść interesu społecznego”. Według ww. fundacja jest instytucją, która nie spełnia przesłanek konstytucyjnych zaliczenia do organizacji społecznych.

<sup>13</sup> T. Misiuk, *Pojęcie organizacji społecznych ludu pracującego*, PiP 1969, s. 196; R. Malinowski, *Pozycja organizacji społecznych i ich udział w wykonywaniu administracji państwowej*, PiP 1964, z. 2, s. 28.

<sup>14</sup> Wyrok NSA z 26 marca 1992 r. SA/Wr 300/92, Wspólnota 1992, nr 33, s. 21. W wyroku z 22 marca 2005 r. WSA w Warszawie odmówił uznania rady osiedla za organizację społeczną w myśl przepisów k.p.a.; IV SA 1221/03, niepubl.

<sup>15</sup> G. Łaszczyca, *Kodeks...*, s. 344.

<sup>16</sup> *Idem*, s. 345.

### 3. Przesłanki inicjatywy procesowej organizacji społecznej

Wskazane przez art. 31 k.p.a. postaci inicjatywy procesowej, z jaką może wystąpić organizacja społeczna w sprawie dotyczącej innej osoby, tworzą zamknięty katalog, w skład którego wchodzi: żądanie tylko wszczęcia postępowania w sprawie dotyczącej innej osoby, żądanie wszczęcia postępowania oraz dopuszczenia do udziału w nim, żądanie dopuszczenia do udziału w postępowaniu już toczącym się w sprawie zawisłej przed organem administracyjnym w każdej instancji<sup>17</sup>, przedstawienie organowi administracyjnemu za jego zgodą swojego poglądu w sprawie. W trzech pierwszych przypadkach udział organizacji społecznej w sprawie dotyczącej innej osoby musi być uzasadniony celami statutowymi tej organizacji oraz interesem społecznym, przy czym obie te przesłanki muszą wystąpić łącznie.

#### 3.1. Statutowy cel działalności organizacji społecznej

Statutowym celem działalności danej organizacji społecznej może być: ochrona indywidualnych interesów i praw swoich członków, praw osób w niej zrzeszonych, ochrona pewnych społecznie uznanych wartości, czy też zapobieganie niekorzystnym zjawiskom społecznym lub ekonomicznym, jak również ogromna ilość innych sfer aktywności danej organizacji. Jeżeli tylko przedmiot postępowania wkracza w zakres działania danej organizacji społecznej określony w jej statucie, to przy spełnieniu kryterium względów interesu społecznego, taka organizacja jest legitymowana do wszczęcia inicjatywy procesowej w sprawie dotyczącej innej osoby<sup>18</sup>. Brak bezpośredniego związku między statutowym celem działania organizacji a sprawą dotyczącą innej osoby, skutkować będzie brakiem legitymacji do inicjatywy procesowej z art. 31 k.p.a., co podkreślił NSA w wyroku z 10 listopada 2005 r., w którym stwierdził, że związek zawodowy z celem statutowym w postaci ochrony miejsc pracy nie ma legitymacji do uczestniczenia w postępowaniu administracyjnym w oparciu o art. 31 k.p.a. dotyczącym udzielenia koncesji na wydobycie węgla kamiennego<sup>19</sup>. Zgodnie z wyrokiem NSA z 22 kwietnia 2008 r.:

Określona w statucie organizacji społecznej jej działalność, a więc w istocie cele organizacji społecznej, muszą być w stopniu możliwie ścisłym określone, tak aby dawały możliwość ustalenia, że wiążą się ściśle z przedmiotem sprawy, do udziału w której organizacja zamierza przystąpić na prawach strony<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> J. Borkowski (w:) B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 206–207. J. Borkowski dopuszcza możliwość żądania przez organizację społeczną dopuszczenia do udziału w postępowaniu już toczącym się w sprawie zawisłej przed organem administracyjnym w każdej instancji i każdym trybie.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> Wyrok NSA z 10 listopada 2005 r., II GSK 125/05, ONSAiWSA 2006, Nr 6, poz. 154.

<sup>20</sup> Wyrok NSA z 22 kwietnia 2008 r. sygn. akt II OSK 1499/06, LEX nr 490153.



Wątpliwości co do przesłanki celu statutowego organizacji wiążą się z sytuacjami, kiedy dany podmiot nie posiada statutu. W takich wypadkach przyjąć należy szerokie rozumienie „statutu” i na równi z nim traktować każdy akt, który określa cele, zadania, strukturę i formy działalności organizacji społecznej<sup>21</sup>. W przypadku stowarzyszeń zazwyczaj będzie to regulamin, zaś dla innych podmiotów np. Polskiego Czerwonego Krzyża – ustawa<sup>22</sup>.

### 3.2. Interes społeczny

Drugim elementem, legitymującym organizację społeczną do wystąpienia z inicjatywą z art. 31 k.p.a., jest zgodność tej inicjatywy z interesem społecznym. M. Wyrzykowski twierdzi, że nie ma trwałej definicji interesu społecznego, a jedynie podlegający ciągłym zmianom w określonym czasie konglomerat różnorodnych wartości określonego społeczeństwa<sup>23</sup>. NSA w wyroku z 24 czerwca 2009 r. zajął stanowisko, że nie można interesu społecznego utożsamiać z interesem ogólnonarodowym, regionalnym czy interesem określonych zbiorowości o znacznym zasięgu terytorialnym<sup>24</sup>. W związku z powyższym, jedynie posługując się pewnym uproszczeniem, można przyjąć, że interes społeczny jest odpowiednikiem pojęcia interes państwowy czy interes publiczny. Udział organizacji społecznej w postępowaniu na mocy art. 31 k.p.a. nie może służyć interesom samej organizacji, lecz powinien spełniać standardy społecznej kontroli nad działalnością organów administracyjnych i przebiegiem postępowań administracyjnych w sprawach indywidualnych z poszanowaniem prywatności osoby bądź osób, których sprawa dotyczy. Zgodnie z poglądem W. Dawidowicza: „interesu organizacji społecznej, ze względu na który żąda ona udziału w postępowaniu jakkolwiek nie byłby on doniosły, nie można stawiać ponad interesami stron”<sup>25</sup>. Stwierdzenie, czy spełniony jest wymóg zachowania względów interesu społecznego, należy do obowiązku organu administracji publicznej prowadzącego postępowanie, co znalazło swój wyraz w wyroku WSA w Warszawie z 10 września 2008 r., w którym to zostało podniesione, że:

nawet wtedy, gdy udział organizacji społecznej w postępowaniu jest uzasadniony jej celami statutowymi, organ administracji publicznej może uznać żądanie organizacji społecznej za niezasadne, ze względu na interes społeczny<sup>26</sup>(a konkretnie jego brak – przyp. M. Banasik).

---

<sup>21</sup> G. Łaszczyca, *Kodeks...*, s. 346.

<sup>22</sup> Ustawa z 16 listopada 1964 r. o Polskim Czerwonym Krzyżu, Dz.U. Nr 41, poz. 267.

<sup>23</sup> M. Wyrzykowski, *Pojęcie interesu społecznego w prawie administracyjnym*, Warszawa 1986, s. 209.

<sup>24</sup> Wyrok NSA z 24 czerwca 2009 r., II OSK 1038/08, LEX nr 563531.

<sup>25</sup> W. Dawidowicz, *Zarys procesu administracyjnego*, Warszawa 1989, s. 32.

<sup>26</sup> Wyrok WSA w Warszawie z 10 września 2008 r., VII SA/Wa 849/08, LEX nr 521316.



#### 4. Postaci udziału organizacji społecznej w postępowaniu administracyjnym na prawach strony

Artykuł 31 § 2 k.p.a. stanowi, że organ administracji publicznej, uznając żądanie organizacji społecznej za uzasadnione, postanawia o wszczęciu postępowania z urzędu lub o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu. Cytowany przepis kreuje trzy możliwości treści postanowienia o charakterze pozytywnym, tj. uwzględniającego żądanie organizacji społecznej, a są to: postanowienie o wszczęciu postępowania z urzędu, postanowienie o wszczęciu postępowania i dopuszczeniu organizacji do udziału w postępowaniu, postanowienie o dopuszczeniu do udziału w toczącym się już postępowaniu. Postanowienie o wszczęciu postępowania na żądanie organizacji społecznej ma na gruncie polskiego prawa charakter unikalny, albowiem wydawanie odrębnego postanowienia w przedmiocie wszczęcia zwyczajnego postępowania administracyjnego nie jest przewidziane w żadnym – poza wskazanym – przypadku<sup>27</sup>. Różna jest sytuacja organizacji społecznej, która żąda wszczęcia postępowania w sprawie dotyczącej innej osoby, od sytuacji, gdy żąda dopuszczenia do udziału w toczącym się już postępowaniu. Ta pierwsza charakteryzuje się tym, że organizacja może wnieść żądanie tylko w takiej sprawie, w której organ administracyjny ma możliwość wszczęcia postępowania z urzędu. Prowadzi to do wniosku, że w sprawie, w której inicjatywa wszczęcia postępowania należy jedynie do strony, żądanie wszczęcia postępowania zgłoszone przez organizację społeczną musi być załatwione postanowieniem odmownym. To kodeksowe ograniczenie pola działania organizacji społecznej jest, jak podkreśla J. Borkowski, łagodzone w pewien sposób przepisem art. 61 § 2 k.p.a., w oparciu o który organ administracji publicznej może, ze względu na szczególnie ważny interes strony, wszcząć z urzędu postępowanie także w sprawie, w której wymagany jest wniosek strony. To, czy będzie się ono toczyło, zależeć będzie od woli strony, która ma możliwość wyrażenia na to zgody lub jej odmowy, niemniej jednak, jeżeli strona wyrazi zgodę na prowadzenie postępowania, to organizacja społeczna będzie mogła brać w nim udział, jeżeli i tego także żądała<sup>28</sup>. Wykazywanie takiego szczególnie ważnego interesu stron, wymagającego wszczęcia postępowania administracyjnego, może być urzeczywistnione właśnie przez organizację społeczną.

Druga z wyżej wymienionych możliwości, czyli sytuacja dopuszczenia do postępowania w sprawie już toczącej się przed organem, może nastąpić niezależnie od tego, czy postępowanie wszczęto na wniosek strony, czy z urzędu. Wniesienie owego żądania przez organizację społeczną może nastąpić zarówno w toku postępowania prowadzonego w trybie zwykłym (przed organem I lub II instancji), jak i postępowania prowadzonego w trybach nadzwyczajnych. Nie ma zgodności w doktrynie co do możliwości rozpoczęcia przez organizację społeczną udziału

---

<sup>27</sup> G. Łaszczyca, *Kodeks...*, s. 346.

<sup>28</sup> J. Borkowski, *Kodeks...*, s. 208.

w postępowaniu od wniesienia odwołania od decyzji, jeśli nie brała udziału w postępowaniu przed organem I instancji. Jak podkreśla M. Daszkiewicz:

Nic nie stoi na przeszkodzie, aby organizacja społeczna, uzyskując w odpowiednim czasie pozytywną odpowiedź na swoje żądanie dopuszczenia jej do udziału w toczącym się postępowaniu, mogła wnieść odwołanie od decyzji organu I instancji, wydanej w postępowaniu, w którym dotychczas nie brała udziału<sup>29</sup>.

Należy jednak podzielić stanowisko NSA, który w wyroku z 4 czerwca 1998 r. zaznaczył, że wydanie decyzji w sprawie wyłącza możliwość przystąpienia organizacji społecznej do postępowania i do wniesienia przez nią odwołania od decyzji<sup>30</sup>. Stanowisko to podziela P. Przybysz, twierdząc, że: „organizacja społeczna będzie mogła wnieść odwołanie od decyzji, jeżeli została wcześniej (przed wydaniem decyzji) dopuszczona do udziału w postępowaniu na prawach strony”. Jeżeli nie została jednak dopuszczona do postępowania przed organem I instancji, to nic nie stoi na przeszkodzie, by przystąpiła do postępowania odwoławczego<sup>31</sup>.

Artykuł 31 § 4 k.p.a. statuuje obowiązek organu administracji publicznej, przy wszczęciu postępowania w sprawie dotyczącego innej osoby, zawiadomienia o tym organizacji społecznej, jeżeli uzna, że może ona być zainteresowana udziałem w tym postępowaniu. Zawiadomienie to wymaga jednak również spełnienia przesłanek udziału organizacji społecznej w postępowaniu, tj. celów statutowych oraz względów interesu społecznego. Rozwiązanie to, kreujące pewien obowiązek informacyjny organu administracji publicznej, ma za zadanie zapewnić odpowiednie możliwości przedsięwzięcia udziału w postępowaniu przez organizacje społeczne spełniające powyższe kryteria. Praktyka administracyjna pokazuje jednak, że jest

---

<sup>29</sup> M. Daszkiewicz, *Uwagi na tle udziału prokuratora w postępowaniu przed organem II instancji*, Admin. 2008.4.160.

<sup>30</sup> Wyrok NSA z 4 czerwca 1998 r., IV SA 1180/96, LEX nr 45162.

<sup>31</sup> P. Przybysz, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 127. Na uwagę zasługuje wyrok NSA z 18 listopada 2008 r., II OSK 1388/07, LEX nr 526062, w którym stwierdzono, że nie można uznać, że wygasto uprawnienie organizacji społecznej z art. 31 § 1 pkt 2 k.p.a. do domagania się dopuszczenia do udziału w postępowaniu, gdy wniosek został złożony w toku postępowania, a wnioskodawca nie miał procesowego wpływu na prawomocne rozstrzygnięcie jego wniosku przed wydaniem decyzji kończącej postępowanie w sprawie i decyzji tej nie mógł zaskarżyć przed prawomocnym rozstrzygnięciem wniosku, a uznanie wniosku za bezprzedmiotowy uniemożliwia organizacji społecznej – z tego tylko powodu – skuteczne podejmowanie jakichkolwiek czynności procesowych zmierzających do zweryfikowania decyzji. Nie można zatem mówić o niezasadności z powodu bezprzedmiotowości wniosku organizacji społecznej, złożonego w toku postępowania o dopuszczenie go do udziału w postępowaniu. J. Borkowski twierdzi, że w sytuacji, gdy organizacja społeczna zostaje dopuszczona do udziału w postępowaniu przed organem odwoławczym, będzie pozbawiona prawa zaskarżenia decyzji do sądu administracyjnego, gdyż zgodnie z art. 52 § 1 p.s.a., nie wyczerpuje w ten sposób środków odwoławczych. Stanowisko takie zostało zaakceptowane w doktrynie. Brak udziału organizacji społecznej w postępowaniu administracyjnym, regulowanym przepisami k.p.a., może, zgodnie z postanowieniem WSA w Łodzi 14 października 2008 r., II SA/Łd 144/09, niepubl., skutkować w postępowaniu sądowym w sprawie ze skargi na decyzję administracyjną, zgłoszeniem swojego udziału w sprawie innej osoby i uzyskaniem statusu uczestnika na prawach strony (art. 33 § 2 p.s.a.), jeżeli sprawa dotyczy zakresu jej statutowej działalności i gdy przemawia za tym interes społeczny, tak jak stanowi przepis art. 31 § 1 k.p.a.

to przepis martwy. Taki stan rzeczy utrzymuje się zapewne dlatego, że organy administracyjne nie są zainteresowane poszerzaniem kręgu uczestników postępowania, gdyż prowadzi to do przedłużania czasu trwania postępowania i zmniejszenia ilości załatwianych spraw administracyjnych przez organ w danej jednostce czasu. Przyjmując jednak nawet ze strony organu gotowość do urzeczywistnienia owego obowiązku informacyjnego, pojawia się przeszkoda, o której była mowa powyżej – tj. brak definicji legalnej organizacji społecznej (brak określenia jej obligatoryjnych elementów, cech definicyjnych). Organ administracji publicznej nie dysponuje żadnym zestawieniem organizacji społecznych, ani też (bardzo często/prawie zawsze) nie posiada wiedzy na temat ich celów statutowych czy działalności. Przepisy nie wskazują organowi nawet sposobu ani źródła, z którego mógłby takie informacje otrzymać. Brak uregulowania tych zagadnień sprawia, że wskazany art. 31 § 4 k.p.a. nie jest prawie wcale stosowany.

#### 5. Przedstawienie przez organizację społeczną poglądu w sprawie

Organizacja społeczna może również, z mocy art. 31 § 5 k.p.a., za zgodą organu administracji publicznej, przedstawić temu organowi swój pogląd w sprawie, wyrażony w uchwale lub oświadczeniu jej organu statutowego. Taka uchwała, będąca formą wyrażenia poglądu przez organ kolegialny, bądź oświadczenie, którym może posługiwać się tak organ jednoosobowy, jak i kolegialny, powinny być przedmiotem oceny na równi z innymi dowodami zebranymi w sprawie<sup>32</sup>. Jak słusznie stwierdził NSA w postanowieniu z 7 grudnia 1983 r., wyrażenie przez organizację społeczną, w oświadczeniu organu statutowego poglądu na sprawę w trybie art. 31 § 5 k.p.a. bez zgłoszenia żądania dopuszczenia jej do udziału w postępowaniu, nie jest równoznaczne z jej udziałem w postępowaniu na prawach strony<sup>33</sup>.

Należy wspomnieć o wyroku NSA z 9 marca 1988 r. (z glosą T. Wosia), gdzie stwierdzono, że:

przedstawienie organowi administracji państwowej swojego poglądu w sprawie przez organizację społeczną, w trybie art. 31 § 5 k.p.a. lub na podstawie przepisów szczególnych, nie pozbawia tej organizacji uprawnienia do późniejszego wystąpienia z żądaniem dopuszczenia jej do udziału w postępowaniu w sprawie na prawach strony, chyba że uprawnienie to zostało w stosunku do niej wyłączone przepisem szczególnym rangi ustawowej<sup>34</sup>.

Urzeczywistnienie przez organizację społeczną uprawnienia uregulowanego w art. 31 § 5 k.p.a. może mieć miejsce zarówno wtedy, gdy organizacja w ogóle nie wysepowowała o uzyskanie statusu

---

<sup>32</sup> G. Łaszczyca, *Kodeks...*, s. 350.

<sup>33</sup> Postanowienie NSA z 7 grudnia 1983 r., II SA 1605/83, ONSA 1983, nr 2, poz. 104.

<sup>34</sup> Wyrok NSA z dnia 9 marca 1988 r., IV SAB 30/87, OSPiKA 1989, Nr 6, poz. 133 z glosą T. Wosia.

podmiotu na prawach strony, jak i wtedy, gdy organ wydał w tym przedmiocie w stosunku do niej ostateczne postanowienie odmowne<sup>35</sup>. Organ administracji publicznej wyraża zgodę w formie postanowienia, na które nie będzie przysługiwało zażalenie jako samodzielny środek zaskarżenia, a jedynie możliwość z art. 142 k.p.a.<sup>36</sup>. Postanowienie to ma charakter aktu uznaniowego, zaś za podstawowe kryteria brane pod uwagę przy jego podjęciu, według G. Łaszczycy, powinny być uznane cele statutowe i względy interesu społecznego<sup>37</sup>.

#### 6. Charakter prawny postanowienia organu administracji publicznej rozstrzygającego o żądaniu organizacji społecznej

Formą procesową, w jakiej organ administracyjny rozstrzyga o żądaniu organizacji społecznej, jest wspomniane już postanowienie – zarówno uwzględniające żądanie organizacji, jak i odmawiające wszczęcia postępowania z urzędu lub dopuszczenia do niego organizacji. Zgodnie z wyrokiem WSA w Łodzi z 14 lipca 2009 r., moc prawna postanowienia o dopuszczeniu organizacji społecznej do udziału w postępowaniu rozciąga się i jest skuteczna wyłącznie w postępowaniu, w którym postanowienie to zostało wydane<sup>38</sup>. Jak słusznie zauważył M. Szałkiewicz w glosie do wyroku NSA z 20 stycznia 2005 r.:

postanowienie o dopuszczeniu organizacji społecznej do udziału w postępowaniu wydane na podstawie art. 31 § 2 k.p.a. wymaga doręczenia lub ogłoszenia organizacji społecznej i dopiero z tą chwilą ostatecznie „wchodzi” do obrotu prawnego, zaś organizacja społeczna korzysta z praw strony w rozumieniu art. 10 k.p.a. od chwili doręczenia jej lub ogłoszenia postanowienia o dopuszczeniu jej do udziału w postępowaniu<sup>39</sup>.

Nie wydaje się być słuszną, mocno krytykowaną tezę wyroku NSA z 17 listopada 1988 r. o możliwości istnienia dorozumianego postanowienia organu o dopuszczeniu organizacji do postępowania, z uwagi na fakt przyjmowania jej oświadczeń i doręczania jej decyzji i postanowień bez wydania postanowienia przez organ<sup>40</sup>. Integralnym elementem uregulowania na gruncie art. 31 § 2 k.p.a. postanowienia organu administracji publicznej jest zażalenie, które służy za postanowienie odmowne. Brak ograniczenia zawartego w przepisie co do podmiotów mogących wnieść ten środek zaskarżenia powoduje, że może wnieść je, jak przekonuje

---

<sup>35</sup> G. Łaszczyca, *Kodeks...*, s. 350.

<sup>36</sup> J. Borkowski, *Kodeks...*, s. 209–210; Art. 142 k.p.a. stanowi, że postanowienie, na które nie służy zażalenie, strona może zaskarżyć tylko w odwołaniu od decyzji.

<sup>37</sup> G. Łaszczyca, *Kodeks...*, s. 350.

<sup>38</sup> Wyrok WSA w Łodzi z 14 lipca 2009 r., II SA/Łd 144/09, niepubl.

<sup>39</sup> M. Szałkiewicz, Głosa do wyroku NSA z 20 stycznia 2005 r., OSK 1755/04, LEX GSP-Prz.Orz.2007/2/69.

<sup>40</sup> Wyrok NSA z 17 listopada 1988 r. sygn. akt IV SA 855/88, OSNA 1990, nr 1, poz. 3.

J. Borkowski, zarówno każda ze stron, jak i każdy z uczestników biorących udział w postępowaniu na prawach strony<sup>41</sup>. Odmienne stanowisko zajmuje A. Wróbel, pisząc, że prawo to nie służy stronom, gdyż zgodnie z art. 141 § 1 k.p.a., zażalenie na postanowienie wydane w toku postępowania służy stronie, gdy kodeks tak stanowi<sup>42</sup>.

Gdyby w wyniku wznowienia postępowania, zmieniono postanowienie o odmowie dopuszczenia organizacji społecznej do udziału w postępowaniu (art. 31 § 2 k.p.a.), zaszczyłyby, jak twierdzi W. Chróścielewski, także konieczność wzruszenia zapadłej w sprawie decyzji, prawdopodobnie w trybie art. 154 k.p.a. i 155 k.p.a.<sup>43</sup>.

Zażalenie jako samodzielny środek zaskarżenia nie może być stosowane w przypadku postanowienia uwzględniającego żądanie organizacji społecznej z art. 31 § 1 k.p.a. W tym wypadku, zgodnie z art. 142 k.p.a., takie postanowienie można skarżyć w przypadku wniesienia odwołania. Postanowienie odmowne, o którym mowa powyżej, powinno zawierać uzasadnienie oraz być doręczone na piśmie – zgodnie z art. 124 § 2 k.p.a. i 125 § 1 k.p.a.

Kontrowersje w literaturze przedmiotu wzbudza zakwalifikowanie postanowienia „w sprawie inicjatywy procesowej” organizacji społecznej jako postanowienia opartego na uznaniu administracyjnym. G. Łaszczyca twierdzi, że postanowienie w tej sprawie zarówno pozytywne, jak i odmowne ma charakter aktu związanego, gdyż sformułowanie art. 31 § 2 k.p.a. nie pozostawia organowi żadnej swobody w wyborze rozstrzygnięcia<sup>44</sup>. Odmienny pogląd w tej kwestii prezentują m.in. B. Jaworska-Dembska i L. Żukowski<sup>45</sup>.

## 7. Pozycja i uprawnienia procesowe organizacji społecznej dopuszczonej do postępowania

Chwilą uzyskania przez organizację społeczną praw strony, o których mowa w art. 31 § 3 k.p.a., jest moment doręczenia lub ogłoszenia postanowienia w sprawie dopuszczenia organizacji do udziału w postępowaniu. Status tej organizacji jest wyznaczony, według poglądu W. Dawidowicza, jedynie przez przysługujące stronie prawa procesowe. Autor ten podkreśla, że sytuacja prawna strony jest wyznaczona przede wszystkim przez normy, z których wynika jej prawo do zgłoszenia żądania, czyli normy prawa materialnego. Normy te nie wchodzą w zakres praw strony, z których korzysta organizacja społeczna dopuszczona do udziału w postępowaniu<sup>46</sup>.

---

<sup>41</sup> J. Borkowski, *Kodeks...*, s. 209.

<sup>42</sup> A. Wróbel, *Kodeks...*, s. 267.

<sup>43</sup> W. Chróścielewski, *Nowelizacja artykułu 126 k.p.a. a nadzwyczajne tryby postępowania administracyjnego*, PiP 1996, z. 2, s. 24.

<sup>44</sup> G. Łaszczyca, *Kodeks...*, s. 348.

<sup>45</sup> B. Jaworska-Dembska, *Pozycja organizacji społecznych w kodeksie postępowania administracyjnego*, PiP 1980, z. 11, s. 61; L. Żukowski, *Instytucje kontroli rozstrzygnięć w ogólnym postępowaniu administracyjnym*, Lublin 1985, s. 44.

<sup>46</sup> W. Dawidowicz, *Zarys...*, s. 33.

Stanowisko takie uzasadnione jest twierdzeniem, że biorąc udział w postępowaniu w cudzej sprawie, organizacja społeczna nie reprezentuje żadnych uprawnień wynikających z prawa administracyjnego, gdyż jeżeliby tak było, to stałaby się stroną tego postępowania. Organizacja społeczna jest więc uczestnikiem postępowania administracyjnego, korzystającym z tych uprawnień strony, które dotyczą samego postępowania administracyjnego i jego czynności<sup>47</sup>. Brak dominującej pozycji organizacji społecznej w postępowaniu administracyjnym potwierdził NSA w wyroku z 14 marca 1988 r., zwracając uwagę, że: dopuszczenie organizacji do udziału w postępowaniu i rozważenie jej argumentów, nie oznacza obowiązku uwzględnienia przez organ zgłoszonych wniosków i wydania zgodnej z nimi decyzji<sup>48</sup>. Nie występuje więc w tym względzie ani ograniczenie (poza spełnieniem przesłanek z art. 31 § 1 *in fine*), ani uprzywilejowanie organizacji społecznej.

Truizmem, który jednak warto podkreślić, jest stwierdzenie, że udział uczestników na prawach strony w postępowaniu administracyjnym ma miejsce niejako „obok” i „niezależnie” od udziału strony. Podmioty te uczestniczą w postępowaniu ze względu na potrzebę ochrony pewnych wartości ogólnych o wymiarze ponadjednostkowym, społecznym, nie zaś indywidualnym. Nie ulega wątpliwości, że są one zainteresowane wynikiem postępowania (tj. uzyskaniem decyzji określonej treści), jednak nie są materialnie związane ze sprawą administracyjną będącą przedmiotem postępowania<sup>49</sup>.

Kodeks postępowania administracyjnego nie określa pojęcia „praw strony”, a to powoduje brak zgodności w ustaleniu zakresu tego pojęcia – w szczególności wpisania w jego ramy obok uprawnień procesowych także obowiązków proceduralno-prawnych. Z. Janowicz twierdzi, że organizacja uczestnicząca na prawach strony jest wolna od obowiązków procesowych<sup>50</sup>, W. Dawidowicz, że organizacja taka zwolniona jest z obowiązków ciążących na stronie z mocy prawa, a podlega obowiązkom ustanawianym przez organ prowadzący postępowanie<sup>51</sup>, zaś J. Jendrośka, iż obowiązki dotyczą zarówno stron, jak i organizacji uczestniczących na prawach strony, jeżeli dotyczą zapewnienia prawidłowego udziału w postępowaniu<sup>52</sup>. Katalog czynności, jakich może dokonać organizacja społeczna dopuszczona do postępowania na prawach strony, ograniczony jest funkcjonowaniem w postępowaniu administracyjnym zasady dyspozycyjności oraz sferą praw osobistych strony, którą może decydować tylko ona sama. W związku z tym, wśród uprawnień, z których nie może skorzystać organizacja społeczna, wymienić można: domaganie się zawieszenia postępowania na podstawie art. 98 § 1 k.p.a. oraz

---

<sup>47</sup> J. Borkowski, *Kodeks...*, s. 210.

<sup>48</sup> Wyrok NSA z 14 marca 1988 r., IV SA 1139/87, ONSA 1988, Nr 1, poz. 40.

<sup>49</sup> K. Kaszubowski, *Przegląd orzecznictwa wojewódzkich sądów administracyjnych i NSA w zakresie administracyjnego postępowania orzekającego za rok 2005*, GSP-Prz.Orz.2007.1.11.

<sup>50</sup> Z. Janowicz, *Postępowanie administracyjne i postępowanie przed sądem administracyjnym*, Warszawa–Poznań 1987, s. 127.

<sup>51</sup> W. Dawidowicz, *Zarys...*, s. 33.

<sup>52</sup> J. Jendrośka, *Uczestnicy na prawach strony w ogólnym postępowaniu administracyjnym*, AUWr. Nr 857, Prawo CXLIII, Wrocław 1985, s. 107-108.



umorzenia postępowania administracyjnego na podstawie art. 105 § 2 k.p.a., zawarcie ugody (art. 114 k.p.a.) i żądanie wznowienia postępowania z przyczyny określonej w art. 145 § 1 pkt 4 k.p.a. Organizacja taka nie może składać oświadczeń odnośnie nabywania czy zrzekania się uprawnień, a także jej czynności nie prowadzą do przerwania biegu przedawnienia terminów (przewidzianych prawem materialnym) ubiegania się o określone uprawnienia<sup>53</sup>. Do katalogu uprawnień procesowych, wyłączonych dla organizacji społecznych, G. Łaszczyca dolicza jeszcze prawo cofnięcia odwołania wniesionego przez stronę postępowania oraz wyrażenie zgody na kontynuowanie wszczętego z urzędu postępowania administracyjnego na podstawie art. 61 § 2 k.p.a.<sup>54</sup>.

Organizacja społeczna może wziąć udział w rozprawie administracyjnej oraz złożyć stosowne oświadczenia i dowody po zawiadomieniu jej przez organ administracyjny na podstawie art. 90 § 3 k.p.a., jeżeli jej udział jest uzasadniony ze względu na przedmiot sprawy. Organizacja społeczna uczestnicząca w postępowaniu administracyjnym na prawach strony, decyzje lub postanowienia załatwiające sprawę co do istoty będzie otrzymywać w odpisie z pouczeniem odnośnie możliwości wniesienia środków zaskarżenia, zaś co do wezwań i postanowień o charakterze procesowym – będzie ich adresatem.

#### 8. Przykłady odmienności pozycji organizacji społecznej w postępowaniach przewidzianych w przepisach odrębnych

Polski system prawny przewiduje szereg odmienności odnośnie uczestniczenia przez organizacje społeczne w postępowaniu w sprawie dotyczącej innej osoby, zarówno ze względu na rodzaj organizacji i jej celów statutowych, jak i specyficzne kategorie postępowań administracyjnych. I tak np. ustawa z dnia 27 kwietnia 2001 r. – Prawo ochrony środowiska w art. 3 pkt 16 definiuje pojęcie organizacji ekologicznej<sup>55</sup> i w art. 33 podaje przesłanki, które musi spełniać dany podmiot, aby uczestniczyć w postępowaniu administracyjnym na prawach strony. Do wymagań tych należą: zgłoszenie chęci przyłączenia się do postępowania, wymóg udziału społeczeństwa w postępowaniu oraz powiązanie postępowania z miejscem działalności danej organizacji. Przepisy tej ustawy nie wyłączyły jednak stosowania przepisów k.p.a. i w związku z tym, zgodnie z wyrokiem WSA w Warszawie z 15 listopada 2007 r., organizacja ekologiczna może wywodzić swój udział w postępowaniu nie tylko z art. 33 p.o.ś., ale też

---

<sup>53</sup> J. Borkowski, *Kodeks...*, s. 211.

<sup>54</sup> G. Łaszczyca, *Kodeks...*, s. 349.

<sup>55</sup> Tekst jedn. Dz. U. z 2008 r. Nr 25, poz. 150 ze zm. zwana dalej p.o.ś. Ustawa ta w art. 3 pkt 16 definiuje organizację ekologiczną jako organizację społeczną, której celem statutowym jest ochrona środowiska.



z art. 31 § 2 k.p.a., o ile nastąpiło dopuszczenie przez organ takiej organizacji do udziału w postępowaniu<sup>56</sup>. Jak twierdzi NSA, w wyroku z 14 listopada 2008 r.,

z przepisów art. 31–33 Prawa ochrony środowiska w zakresie udziału społeczeństwa w postępowaniu w sprawie ochrony środowiska wynika, że w takim postępowaniu regulowanym normami tej ustawy szczególnej, można równolegle składać uwagi oraz wnioski, jak też być niezależnie od tego dopuszczonym do udziału w tym postępowaniu i występować w nim na prawach strony. Przypomnieć jednak należy, iż zgłoszenie uwag i wniosków nie jest równoznaczne z uczestnictwem w nim na prawach strony<sup>57</sup>.

W tym samym wyroku dalej stwierdza, że:

aby rozważać udział konkretnej organizacji ekologicznej w prowadzonym postępowaniu na prawach strony, uwagi oraz wnioski powinny być zgłoszone równocześnie z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na prawach strony<sup>58</sup>.

Należy nadmienić, że organ administracyjny nie ma obowiązku wezwania takiej organizacji do udziału w postępowaniu, gdyż do niej nie stosuje się art. 31 § 4 k.p.a.

W analogiczny sposób zostało uregulowane rozwiązanie postępowania o wydanie pozwolenia wodnoprawnego – do p.o.ś. odsyła w tym zakresie ustawa z 18 lipca 2001 r. Prawo wodne<sup>59</sup>.

Przepisy odrębne często zawężają zakres zastosowania w całości uregulowań art. 31 k.p.a. Przejawem takiego zawężenia jest chociażby wyłączenie stosowania art. 31 k.p.a. przez ustawę z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane<sup>60</sup> w sprawach wydawania pozwoleń na budowę, co rodzi dalsze skutki, gdyż jak zauważył W. Chróścielewski, organizacja społeczna w tym postępowaniu nie będzie mogła brać udziału na prawach strony, co w konsekwencji nie pozwoli jej składać także skargi do sądu administracyjnego<sup>61</sup>.

Zacieśnianie wspomnianego zakresu następuje też przez wyłączenie stosowania art. 31 § 4 k.p.a. przez ustawę z 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym<sup>62</sup> w postępowaniu o wydanie decyzji lokalizacji inwestycji celu publicznego, jednak ta regulacja jest podyktowana treścią art. 53 ust. 1 wspomnianej ustawy, zgodnie z którym o wszczęciu postępowania informuje się w drodze obwieszczenia oraz w sposób zwyczajowo przyjęty w danej miejscowości.

---

<sup>56</sup> Wyrok WSA w Warszawie z 15 listopada 2007 r., IV SA /Wa 1900/07, niepubl.

<sup>57</sup> Wyrok NSA z 14 listopada 2008 r., II OSK 1363/07, LEX nr 503485.

<sup>58</sup> *Ibidem*.

<sup>59</sup> Tekst jedn. Dz. U. z 2005 r. Nr 239, poz. 2019 ze zm.

<sup>60</sup> Tekst jedn. Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118.

<sup>61</sup> W. Chróścielewski, *Strony i uczestnicy postępowania sądowoadministracyjnego*, PiP 2004, z. 9, s. 32.

<sup>62</sup> Dz. U. z 2003 r. Nr 80, poz. 717 ze zm.

## g. Podsumowanie

Jak zostało zaznaczone powyżej, organizacja społeczna może występować w postępowaniu administracyjnym w różnorodnych rolach. Obok sytuacji przewidzianych w art. 31 k.p.a., czyli uczestniczeniu na prawach strony lub wyrażeniu poglądu w sprawie, może być również np. organem – zarówno tym, przed którym toczy się postępowanie, jak i zajmującym stanowisko w trybie art. 106 k.p.a. Ważne, aby interes społeczny, jaki reprezentuje uczestnicząc w postępowaniu na prawach strony, nigdy nie był machinalnie stawiany ponad interesem indywidualnym, z uwagi na który toczy się to postępowanie. Właściwe wyważenie jednego i drugiego interesu przez organ administracji publicznej winno być w każdym wypadku poprzedzone wnikliwą i rzeczową analizą konkretnego przypadku. Tylko taka praktyka stosowania prawa administracyjnego jest w stanie wygenerować sprawiedliwe rozstrzygnięcie i zapewnić właściwą ochronę praw strony postępowania, a także zadośćuczynić uwzględnianiu interesu społecznego. Należy jednak pamiętać, że interes indywidualny i społeczny nie powinny być sobie ostro przeciwstawiane. Każdy zaspokojony, racjonalny interes indywidualny jest bowiem w jakimś stopniu wartością społeczną, zaś obydwa te pojęcia razem – warunkiem zrównoważonego rozwoju.

## Ochrona baz danych we Wspólnocie Europejskiej i zasięg prawa *sui generis* na tle Dyrektywy Nr 96/9/WE – konstrukcja regulacji i skutki ekonomiczne

### 1. Wstęp

Artykuł przedstawia zmiany w zakresie ochrony baz danych na jednolitym rynku, jakie wprowadza Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady Nr 96/9 o prawnej ochronie baz danych<sup>2</sup> (zwana dalej: Dyrektywą). Koncentruje się na ocenie założeń prawnych Dyrektywy i perspektywicznych ekonomicznych skutkach jej implementacji, pozostawiając poza zakresem rozważań dynamiczne skutki prawne dotyczące problemów związanych z implementacją Dyrektywy w ramach porządków prawnych państw członkowskich. Ustalenie zasięgu tzw. prawa *sui generis* do bazy danych wprowadzonego przez Dyrektywę służyć będzie obiektywnej prezentacji narzędzi ujętych w Dyrektywie, jakie może wykorzystać producent baz danych dla ochrony swego produktu. Ochrona ta zostanie porównana z innymi prawami, jakie potencjalnie służyć mogą producentowi baz danych w celu ich ochrony na mocy prawa własności intelektualnej. Wyprowadzone zostaną wnioski dotyczące zakresu ochrony na obszarze jednolitego rynku. Następnie, poprzez historyczny wgląd w kształtowanie się rynku ochrony baz danych w Unii Europejskiej i na świecie, w szczególności w krajach anglosaskich, wskazane zostaną trendy rozwojowe tegoż rynku właściwego w korelacji z właściwymi uregulowaniami

-----  
<sup>1\*</sup> Magdalena Danek, studentka V roku Prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, Magister Ekonomii Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie, członek Collegium Invisibile.

<sup>2</sup> Dziennik Urzędowy L077, 27/03/1996 P. 0020-0028.

prawnymi ochrony baz danych. Zasadniczym celem będzie wskazanie wpływu implementacji Dyrektywy na wzrost rynku baz danych w Unii Europejskiej, a następnie ewaluacja Dyrektywy jako narzędzia prawnego przeznaczonego do stymulowania tego wzrostu oraz przedstawienie konkluzji co do zasadności postulatu rewizji Dyrektywy.

## 2. Prawo do bazy danych w prawie Unii Europejskiej

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady Nr 96/9 o prawnej ochronie baz danych przyjęta 11 marca 1996 roku jest pierwszym aktem prawnym Unii Europejskiej przedstawiającym odrębną regulację dotyczącą ochrony prawa do bazy danych, podmiotami takich praw czyniąc producentów. Zgodnie z definicją zawartą w artykule 1 punkt 2 Dyrektywy termin baza danych oznacza zbiór niezależnych utworów, danych lub innych materiałów uporządkowanych w sposób systematyczny i metodyczny, indywidualnie dostępnych środkami elektronicznymi lub innymi sposobami<sup>3</sup>. Dyrektywa reguluje zatem ochronę praw do zarówno elektronicznych, jak i tradycyjnych baz danych<sup>4</sup>. W ramach pierwszej kategorii ze względu na ich znaczenie dla handlu elektronicznego wyróżnić należy bazy *on-line* i bazy elektroniczne nieudostępniane w Internecie. Do obu tych grup należą w szczególności bazy cyfrowe. Elektroniczne bazy danych mogą stanowić przedmioty *e-commerce* jako towary. Co więcej, ze względu na stanowiącą istotę bazy danych – cechę dostarczania informacji – dodatkowy wpływ na handel elektroniczny będą mieć te z nich, za pośrednictwem których udostępniane są informacje handlowe bądź dane ekonomiczne. Nie ulega wątpliwości, że dostęp do informacji usystematyzowanej ma obiektywną wartość rynkową. Jest ona uzależniona od doboru gromadzonych danych oraz sposobu ich systematyzowania, które powinny ułatwiać efektywne wyszukiwanie informacji użytkownikowi. Z punktu widzenia ustalenia istnienia prawa producenta do bazy danych znaczenie zyskuje jednakże wkład inwestycyjny w opracowanie bazy związany z występującym po stronie producenta ryzykiem inwestycyjnym<sup>5</sup>.

## 3. Dyrektywa Nr 96/9/WE – cele regulacji

*Ratio legis* wprowadzenia szczególnych ram prawnych służących ochronie baz danych jest potrzeba ochrony interesu podmiotów dokonujących inwestycji w te produkty. Niewystarczający

---

<sup>3</sup> Blżej: J. Barta, R. Markiewicz, *Wokół definicji bazy danych*, KPP Nr 1/ 2002.

<sup>4</sup> O podziałach baz danych podlegających ochronie na mocy Dyrektywy por. Ł. Piebiak, *Proceduralne aspekty ochrony baz danych* [w:] „Monitor Prawniczy” 7/2003.

<sup>5</sup> Na temat wpływu regulacji prawa własności intelektualnej na zachowania producentów baz danych blżej: E.-J. Ki, B. Chang, *How does intellectual property law affect the value creation process and strategies of database companies?*, *International Journal on Media Management*, Vol. 4, Issue 3, 2002, s. 150-155.

był w tym zakresie zasięg istniejącej przed wejściem w życie dyrektywy ochrony na mocy krajowych norm prawa autorskiego ze względu na to, że dotyczyć mogła ona jedynie tych baz danych, które stanowiły utwór w rozumieniu tychże przepisów, tj. tzw. oryginalnych baz danych<sup>6</sup>. Punkt 7 preambuły Dyrektywy mówi, że opracowanie bazy danych wiąże się z poniesieniem różnorodnych kosztów wynikających z nakładów pracy i kapitału, w tym zaawansowanych środków technicznych, podczas gdy w wypadku kopiowania bądź jedynie dostępu do baz danych, użytkownik ponosi jedynie ułamkową część kosztu potrzebnego do ich niezależnego sporządzania. Poprzez ułamkowy koszt Dyrektywa wskazuje na opłatę licencyjną, jaką korzystający z bazy danych uiszcza producentowi w zamian za dostęp do bazy. Inwestycja w sporządzenie bazy danych będzie co do zasady opłacalna, jeżeli producent będzie mógł odpłatnie udostępniać bazę do korzystania przy jednoczesnym istnieniu gwarancji prawnych dochodzenia przez niego ewentualnych roszczeń zaniechania nieuprawnionego korzystania z bazy przez osobę trzecią, w szczególności kopiowania i publicznego udostępniania znacznej części jej zawartości. Dlatego istotne z punktu widzenia wartości inwestycji w bazy danych stało się objęcie ochroną również tzw. nieoryginalnych baz danych, które ze względu na brak twórczych cech usystematyzowania czy układu danych lub innych zamieszczonych w nich materiałów nie spełniały prawnoautorskich przesłanek kwalifikacji jako utwór, tym bardziej że niewystarczająca byłaby również ochrona baz danych na mocy prawa zwalczania nieuczciwej konkurencji, ze względu na niepewność obrotu bazami danych powstałą w sytuacji, kiedy podstawą ich ochrony miały być jedynie klauzule generalne. Wobec braku wystarczająco szerokiego orzecznictwa odnośnie stosowania norm tej dziedziny prawa w relacji do obrotu bazami danych konieczność odpowiedniego odniesienia norm ogólnych powodowałaby poważne wątpliwości podmiotów rynkowych zarówno do zakresu legalnych zachowań, jak i do przysługujących im roszczeń. Normy te, aby mogły być skutecznie stosowane w odniesieniu do korzystania z baz danych i gwarantować adekwatną ochronę producentów, wymagały silnego doprecyzowania, a także wzbogacenia, jakie mogła wprowadzić jedynie odrębna regulacja<sup>7</sup>. Dyrektywa winna była przedstawić rozwiązanie wypracowane w oparciu o znalezienie odpowiedniego balansu między interesem producenta a koniecznością zapewnienia odpowiedniego zakresu dozwolonego użytku podmiotom korzystającym z bazy danych.

Dyrektywa miała ponadto usunąć bariery prawne hamujące obrót bazami danych na wspólnym rynku spowodowane dalece odmienną regulacją tego przedmiotu bądź jej brakiem w poszczególnych państwach członkowskich<sup>8</sup>. Na mocy rozszerzającej interpretacji cechy twórczego wkładu w powstanie utworu, wynikającej ze stosowania tzw. doktryny

---

<sup>6</sup> Ze względu na wymaganą przez prawo autorskie cechę oryginalności utworu.

<sup>7</sup> Por. punkt 12 preambuły Dyrektywy Nr 96/9/WE.

<sup>8</sup> Por. punkty 1,2 preambuły Dyrektywy Nr 96/9/WE.

„spoczonego czoła” (ang. *sweat of brow doctrine*<sup>9</sup>) w prawie anglosaskim, kraje prawa precedensu obejmowały ochroną prawnoautorską szerszy zakres typów baz danych aniżeli kraje kręgu *droit d’auteur* (tj. państwa Europy kontynentalnej), których odrębne akty prawne prawa krajowego zapewniły wzajemnie zróżnicowaną co do siły ochronę baz danych<sup>10</sup>.

Realizacja powyższych celów stworzenia odpowiedniego standardu ochrony oraz harmonizacji prawa państw członkowskich w przedmiocie korzystania z baz danych, jaka powinna nastąpić za pośrednictwem Dyrektywy, miała służyć pobudzeniu rozwoju rynku baz danych na terenie Unii Europejskiej.

Założeniem leżącym u podstaw wdrożenia nowych środków prawnej ochrony producentów baz danych było zapewnienie im możliwości uzyskania odpowiedniego wynagrodzenia za udostępnianie systemów przetwarzania danych, a tym samym stworzenie zachęty do inwestycji na tym polu. W punkcie 11 preambuły Dyrektywy podkreślono, że istnieją znaczne dysproporcje między poziomem inwestycji w bazy danych we Wspólnocie względem państw trzecich wiodących prym na tym rynku. W szczególności celem było zniwelowanie różnicy pomiędzy wspólnym rynkiem Unii Europejskiej a zdecydowanie szybciej ewoluującym rynkiem baz danych Stanów Zjednoczonych, gdzie roczna produkcja osiągnęła znacznie wyższy pułap.

Argumentem za tym, że wzmocniona ochrona interesów producentów baz danych doprowadzi do wzmożenia inwestycji na tym rynku asortymentowym był przykład Wielkiej Brytanii i Irlandii. Na początku lat dziewięćdziesiątych, tj. w okresie prac nad założeniami regulacji korzystania z baz danych, sama Wielka Brytania produkowała około 50% baz danych *on-line* pochodzących z Unii Europejskiej<sup>11</sup>. Sytuację tę wiązano z wyższym standardem ochrony baz danych w prawie anglosaskim związanym ze stosowaniem doktryny „spoczonego czoła”, jak również faktem, że prawo dotyczące baz danych zostało w powyższych państwach dookreślone przez orzecznictwo, co sprawiło, że jego silne fundamenty gwarantowały pewność obrotu bazami danych. Jak podnosiła Komisja Europejska, czynniki te stawiały przedsiębiorców rodzimych w uprzywilejowanej pozycji wobec tych państw członkowskich, gdzie regulacja była skonstruowana nieprecyzyjnie bądź brakowało w ogóle aktu normującego odrębnie tę materię.

Wraz z rozwojem technologii cyfrowych i postępującym procesem informatyzacji społeczeństwa, jaki stał się celem polityki unijnej, wzrosło znaczenie handlowe cyfrowych baz danych oraz baz dostępnych *on-line*. Czynniki rynkowe, takie jak w szczególności rosnąca liczba potencjalnych użytkowników i postęp technologii przetwarzania danych, wskazywały na

---

<sup>9</sup> Zob. Bliżej: J.J. Marke, R. Sloane, L.M. Ryan, *Law Research and Law Library Management*, Law Journal Press, 2006, s. 46.

<sup>10</sup> Zob. Bliżej: M. Stenftleben, *The International Three-Step Test, A Model Provision for EC Fair Use Legislation*, JIPITEC 67, 2010, s. 72.

<sup>11</sup> Panorama Przemysłu Wspólnoty Europejskiej 1990.

wysokie prognozy wzrostu tego segmentu rynku europejskiego. Dużą uwagę zaczęto przywiązywać do systemów magazynowania i przetwarzania informacji w kontekście rozwoju samego handlu elektronicznego, gdzie elektroniczne bazy danych stanowią ważną kategorię produktów. Ponadto, pośredni wpływ na intensywność *e-commerce* ma dostęp do baz danych gromadzących istotne dla kontrahentów w transakcjach elektronicznych informacje handlowe. Prawidłowy rozwój segmentu elektronicznych baz danych na rynku informacji miała zagwarantować odpowiednia ochrona prawna inwestycji przedstawiona w Dyrektywie.

#### 4. Wpływ Dyrektywy na rozwój rynku elektronicznych baz danych Unii Europejskiej

13 maja 1992 roku Komisja przyjęła projekt Dyrektywy o prawnej ochronie baz danych przekazany Radzie i Parlamentowi Europejskiemu, uwzględniając wyżej przedstawione cele i uzasadniając charakter proponowanych środków prawnych<sup>12</sup>. W projekcie powołano się na badania rynku baz danych przeprowadzone przez Generalny Dyrektoriat Rynku Wewnętrznego i Usług Komisji Europejskiej co do stanu i perspektyw rozwoju rynku baz danych Unii Europejskiej. Wykazały one, że w roku 1992 około jedna czwarta dostępnych na świecie elektronicznych baz danych pochodziła z krajów Unii. Wartość zachodnioeuropejskiego rynku informacji była szacowana na 2,4 miliardy dolarów amerykańskich. Udział Stanów Zjednoczonych w tym rynku asortymentowym był wtedy ponad dwukrotnie wyższy – wynosił około 56%. Powołane przez Komisję badania sugerowały także, że europejski rynek informacji wykazuje duży potencjał wzrostu mierzonego kategorią obrotu. Bazy danych typu ASCII<sup>13</sup> osiągnęły rozmiar równy jednej trzeciej odpowiedniego rynku asortymentowego w Stanach Zjednoczonych. Rynek dysków CD-ROM stanowił około 15% europejskiego rynku produkcji tytułów handlowych, podczas gdy w Stanach Zjednoczonych proporcja ta wynosiła 56%. Niemniej jednak udowodniono, że w poprzednich latach tempo jego wzrostu we Wspólnocie wynosiło 200% rocznie, co wskazywało na istnienie trendu przyspieszonego wzrostu. Usługi wideotekstowe stawały się w ówczesnym czasie coraz bardziej popularne we Francji, Niemczech, Wielkiej Brytanii i Włoszech.

Trzydzieści lat później i na 9 lat po wydaniu Dyrektywy, przystępując do realizacji obowiązku z artykułu 19 ust. 3 tegoż aktu, nakazującego przygotowywanie okresowych sprawozdań ze stosowania Dyrektywy, 12 grudnia 2005 roku Komisja Europejska przedstawiła opracowany przez Generalny Dyrektoriat Rynku Wewnętrznego i Usług dokument pt. „Pierwsza ocena Dyrektywy 96/9/WE o prawnej ochronie baz danych”<sup>14</sup>. Opracowanie poświęcone zostało

---

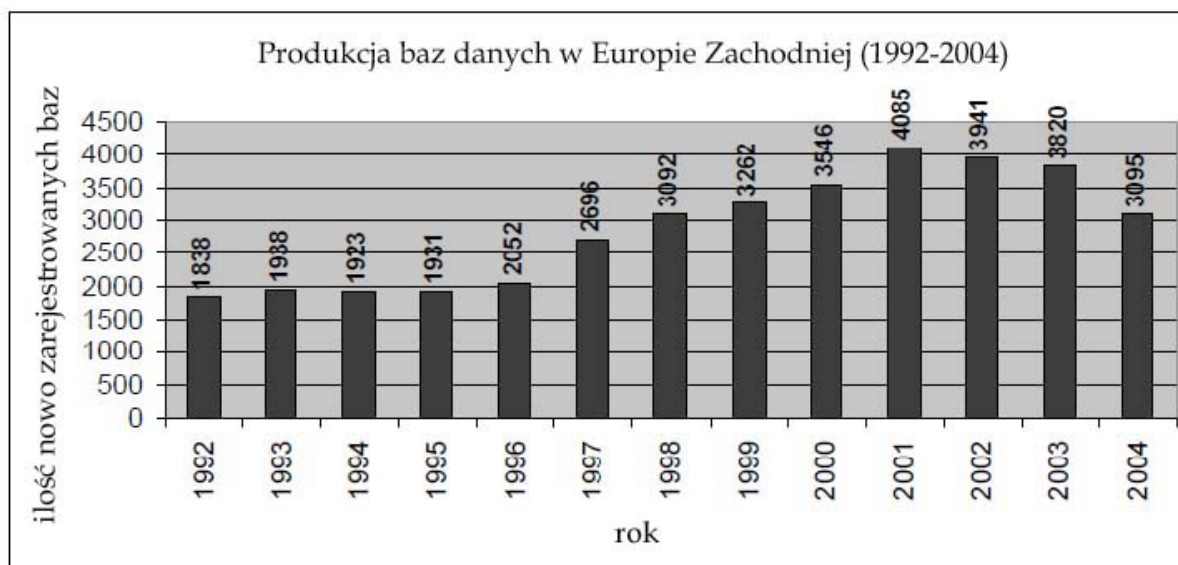
<sup>12</sup> *Proposal for a Council Directive on the legal protection of databases COM (92)24 final – SYN 393, OJ C 156, 23.6.1992, s. 4 and Amended Proposal for a Council Directive on the legal protection of databases COM(93)464 final – SYN 393, OJ C 308, 15.11.1993.*

<sup>13</sup> Ang. American Standard Code for Information Interchange; jeden z powszechnie przyjętych systemów kodowania informacji.

<sup>14</sup> *Commission of the European Communities, DG Internal Market and Services Working Paper, First evaluation*



w całości analizie funkcjonowania prawnej ochrony baz danych po wejściu w życie Dyrektywy. Istotny dla obiektywnego spojrzenia na skutki regulacji jest rozdział poświęcony badaniom empirycznym zmian na rynku baz danych w okresie obowiązywania regulacji, czyli analizie faktycznych rezultatów ekonomicznych jej wprowadzenia. Na wstępie zauważyć należy, że wyniki badań nie w pełni adekwatnie odzwierciedlają rzeczywistą kondycję rynku elektronicznych baz danych Unii Europejskiej. Jak wskazano w Raporcie, dla oszacowania wielkości tego rynku zaczerpnięto dane z jednego, jak podkreślono, dostępnego źródła informacji, tj. Spisu Baz Danych Gale z roku 2005<sup>15</sup>. Spis nie przedstawia całkowitej liczby baz danych elektronicznych pochodzących z Unii Europejskiej udostępnianych na wspólnym rynku, a jedynie liczbę baz rejestrowaną w poszczególnych latach. Wobec tego widoczna jest jedynie skala przyrostu produkcji. Podkreślić należy, że ze względu na brak innych statystyk dotyczących wielkości wzrostu europejskiego rynku baz danych, Komisja nie mogła oprzeć się na analizach wielkości sprzedaży rocznej producentów baz danych, generowanego przez nich zysku ani pomiarach zmian ilości przesyłanych rocznie informacji na rynku baz danych Unii Europejskiej. Co więcej, eksperci przyznali, że nie wszystkie elektroniczne bazy danych objęte ochroną na mocy Dyrektywy były kwalifikowane jako bazy danych wedle kryteriów Spisu Gale.



Źródło: The Gale Directory of Databases 2005, Vol. 1, Part 2.

Niemniej jednak Raport Gale pozwala dostrzec ogólne trendy wiodące w rozwoju rynku elektronicznych baz danych Unii Europejskiej. Należy zwrócić uwagę, że skutki oddziaływania Dyrektywy mogły być widoczne dopiero w roku 1998, tj. po jej implementacji przez niektóre państwa członkowskie. W latach 1996-1998 tempo wzrostu rynku elektronicznych baz

of Directive 96/9/EC, Brussels 12 December 2005.

<sup>15</sup> Gale Directory of Databases, The State Of Database Today: 2005, Vol. 1, Part 2, page XIX.

danych wzrosło o jedną trzecią, podczas gdy w 1998 roku liczba odnotowanych elektronicznych baz danych pochodzących z Unii Europejskiej wynosiła 3092, w roku 2004 była ona równa 3095, czyli niemalże identyczna. W okresie stosowania Dyrektywy, produkcja baz danych wykazywała tendencję wzrostową do 2001 roku – była ona wtedy o jedną czwartą wyższa niż w roku 1998; następnie doszło do spadku wzrostu do wysokości pierwotnej z 1998 roku. Data 2001 jest znacząca jako punkt krytyczny, ponieważ od tego właśnie roku Dyrektywa była już implementowana we wszystkich krajach „piętnastki”. Od momentu osiągnięcia pełnej mocy i wymiaru oddziaływania przez Dyrektywę produkcja na terenie Unii Europejskiej spadła więc o jedną czwartą. Przywołując powyższe statystyki, Raport pomija fakt, iż etap między latami 2001-2004 stanowił dla gospodarki Unii Europejskiej okres wzrostu, z czym wiązało się silne wzmożenie inwestycji kapitałowych. Takie ogólne trendy makroekonomiczne powinny wpłynąć również korzystnie na skalę inwestycji w bazy danych, biorąc pod uwagę ściśle powiązanie tego rynku asortymentowego z handlem elektronicznym, branżą telekomunikacyjną, rynkiem edukacji czy rynkami mediów. W tym świetle spadek tempa wzrostu jest tym bardziej zaskakujący i rodzi pytanie, czy Dyrektywa, harmonizująca prawo Unii Europejskiej w przedmiocie obrotu bazami danych, nie wywołała skutków przeciwnych do postulowanych. Niewystarczające wydaje się również wytłumaczenie Europejskiego Stowarzyszenia Wydawców Spisów i Baz Danych<sup>16</sup>, iż rzekomy spadek był w istocie spowodowany intensyfikacją zjawiska odchodzenia od twardych nośników informacji, takich jak CD-ROM oraz samodzielnych baz danych *on-line* na rzecz portali posługujących się aplikacjami umożliwiającymi jednoczesny dostęp do wielu internetowych baz danych. Brak dowodów empirycznych nie pozwala oszacować, czy przesunięcie w kierunku portali z aplikacjami jednoczesnego dostępu mogło dotyczyć struktury aż jednej czwartej nowopowstałych baz – niezależnie od formy ich nośnika. Przeprowadzenie badań rynkowych wzrostu obszaru produktowego elektronicznych baz danych na poziomie Unii Europejskiej z podaniem dokładnej klasyfikacji wydaje się nader pożądane dla precyzyjnej obserwacji jego rozwoju.

W okresie obowiązywania Dyrektywy nie poprawiła się również relacja tempa wzrostu rynku elektronicznych baz danych Unii Europejskiej, mierzonego udziałem w globalnym rynku baz danych, w stosunku do rynku Stanów Zjednoczonych. Dyktoriaz Baz Danych Gale<sup>17</sup> odnotował wzrost udziału Europy Zachodniej w globalnym rynku elektronicznych baz danych w latach 1996-2001 z 22% do 34%. Miał on miejsce kosztem udziału Stanów Zjednoczonych, który spadł w tym okresie z 69% do 60%. Rok 2001 i tu stał się punktem przełomowym. W latach 2002-2004 udział producentów z krajów europejskich zmalał z 33% do 24%, podczas gdy Stany Zjednoczone odrobiły stratę, zwiększając udział z 62% do 72%. W roku uchwalenia Dyrektywy (1996) stosunek globalnego udziału Unii Europejskiej do globalnego udziału Stanów

---

<sup>16</sup> European Association of Directory and database Publishers (EADP), *Comments on the Draft Evaluation of Directive 96/9/EC*, 15 September 2005.

<sup>17</sup> Gale *Directory of Databases*, The State Of Database Today: 2005, Vol. 1.

Zjednoczonych wynosił niewiele ponad 1:3 w roku 1996 oraz ponownie w roku 2004, choć w roku 2001 przekroczył wartość 1:2. Nie doszło do oczekiwanego zmniejszenia dysproporcji między produkcją baz danych w Stanach Zjednoczonych a w Unii Europejskiej. Również te fakty ekonomiczne budzą wątpliwości co do efektywności ochrony inwestycji w bazy danych wprowadzonej na mocy ujednoliconej regulacji Unii Europejskiej.

#### 5. Dwupoziomowa konstrukcja ochrony prawnej baz danych wedle Dyrektywy Nr 96/9/WE

Aby rozważyć, czy model ochrony baz danych wypracowany w Dyrektywie odpowiada współczesnym potrzebom rynku relewantnego, jakim będzie rynek baz danych Unii Europejskiej, należy przyrzeć się specyfice wprowadzonej przez nią konstrukcji prawnej, nowatorskiej w porównaniu z obowiązującymi dotąd w państwach członkowskich regulacjami. Prezentowane ujęcie nie ma precedensu w konwencjach międzynarodowych. W braku regulacji konwencyjnej nie znajduje na tym polu zastosowania zasada równego traktowania. Jej brak uniemożliwia producentom amerykańskim prawną ochronę ich baz danych we Wspólnocie, co jest podstawą preferowania baz danych pochodzenia rodzimego i bodźcem dla zwiększenia konkurencyjności towarów europejskich<sup>18</sup>. Dyrektywa miała posłużyć się kompromisowym rozwiązaniem, które z jednej strony utrzyma podwyższony standard ochrony oryginalnych baz danych, przy jednoczesnym ujednoliceniu kryteriów kwalifikowania ich jako utworu, zbliżając się ku bardziej restrykcyjnemu podejściu znanemu *droit d'auteur*. Z drugiej strony novum stanowi wprowadzenie prawa *sui generis* do bazy danych jako instrumentu ochrony baz nieoryginalnych, objętych dotąd w krajach anglosaskich ochroną prawnoautorską na mocy rozszerzającej wykładni definicji utworu w oparciu o doktrynę „spoczonego czoła”.

##### 5.1. Ochrona prawnoautorska

Dyrektywa pozostawiła tzw. oryginalne bazy danych w sferze ochrony prawnoautorskiej, uprawnionymi w ramach tej ochrony czyniąc podmioty, którym przysługują prawa autorskie do baz danych. Zakazano stosowania do oceny spełnienia przez bazy danych cech utworu kryteriów innych aniżeli oryginalność (art. 3 ust. 1 Dyrektywy). W szczególności uniemożliwiło to powoływanie się na właściwości estetyczne lub jakościowe, albo uznawanie wysiłku intelektualnego, jaki posłużył do sporządzenia bazy danych za wkład twórczy

---

<sup>18</sup> Bazy danych – eksperyment europejski, [w:] *Rzecznictwo w sprawie dostępu do wiedzy: prawo autorskie a biblioteki. Podręcznik prawa autorskiego dla bibliotekarzy*, eIFL-IP, Warszawa-Kraków 2007, s. 36; dostęp na: [www.eifl.net](http://www.eifl.net).

warunkujący oryginalność (pkt 16 preambuły Dyrektywy). Do ustalenia, czy baza danych stanowi utwór, stosowane mają być krajowe przepisy prawa autorskiego z zastrzeżeniem powyższych wskazań. Nakaz stosowania ścisłej wykładni eliminuje możliwość odwołania się do doktryny „spoconego czoła”, prowadząc do zawężenia kręgu typów baz danych objętych regulacją prawnoautorską w krajach Unii z tradycją *common law*. Należy podkreślić, że twórczy charakter mają reprezentować jedynie dobór<sup>19</sup> lub uporządkowanie (systematyzacja, sposób układu) zawartości bazy danych, aby uznana została za utwór. Ewentualna ochrona prawnoautorska poszczególnych elementów bazy danych lub ich zespołów jest niezależna od ochrony całej bazy danych jako kompilacji<sup>20</sup> (art. 3 ust. 2 Dyrektywy). W celu zagwarantowania minimum niezbędnych praw użytkownikowi Dyrektywa ustanawia na jego korzyść wyjątki od czynności zastrzeżonych na rzecz osoby uprawnionej z tytułu posiadania praw autorskich. Wraz z wejściem w życie Dyrektywy o ochronie praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym<sup>21</sup> ograniczenia te okazały się niezgodne z tą nową równoległą regulacją prawa własności intelektualnej, co wywołało kontrowersje w kwestii pierwszeństwa stosowania tych aktów do obrotu bazami danych<sup>22,23</sup>, jakie ze względu na zachwianie pewności prawa mogą mieć niepożądane skutki dla przepływu informacji w ramach systemów baz danych.

## 5.2. Prawo *sui generis* do bazy danych

Druga sfera ochrony dotyczy zarówno baz posiadających status utworu w rozumieniu prawa autorskiego, jak i rozciąga się na tzw. nieoryginalne bazy danych (pozbawione tego statusu ze względu na brak cechy oryginalności). Dyrektywa wprowadziła instytucję prawa *sui generis* do bazy danych przysługującego, przy spełnieniu określonych warunków, producentowi. Treść prawa *sui generis* obejmuje prawo zakazowe pobierania (ang. *extraction*) oraz wtórnego wykorzystywanie całości lub istotnej części danych (art. 7 ust. 1 Dyrektywy), a w pewnych przypadkach również nieistotnej części danych zgromadzonych w bazie (art. 7 ust. 5 Dyrektywy). Zgodnie z Dyrektywą pobieranie danych oznacza ich chociażby tymczasowe, np. w celu weryfikacji innej bazy, przeniesienie na inny nośnik,

---

<sup>19</sup> D. Kot, *Kształt ochrony zbiorów i baz danych w świetle praw własności intelektualnej*, ZNUJ PWiOWI 1997, z. 69, s. 104.

<sup>20</sup> Szerzej na temat por. R. Sikorki, *Ochrona sui generis baz danych w prawie polskim*, RPEiS 2004, nr 1, s. 59.

<sup>21</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2001/29/WE z dnia 22 maja 2001 r. w sprawie harmonizacji niektórych aspektów prawa autorskiego i praw pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym.

<sup>22</sup> Commission of the European Communities, Report to the Council, the European Parliament, and the Economic and Social Committee on the application of Directive 2001/29/EC on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society, Brussels 2007

<sup>23</sup> Report on the application of the Directive on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (2001/29/EC) [http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/copyright-info/copyright-info\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/copyright-info/copyright-info_en.htm).

natomiast przez wtórne wykorzystywanie rozumieć należy publiczne udostępnianie danych, w szczególności kopiowanie lub transmisję *on-line* (art. 7 ust. 2 Dyrektywy). Od zastrzeżenia tych czynności na rzecz uprawnionego z prawa *sui generis* do bazy danych Dyrektywa ustanawia szereg ograniczeń, gwarantujących poszanowanie szczególnie istotnych interesów legalnych użytkowników poprzez umożliwienie im dokonywania enumeratywnie wymienionych czynności względem zawartości bazy bez zgody producenta, niwelując w ten sposób stopień ingerencji w swobodę przepływu informacji (art. 8 i 9 Dyrektywy)<sup>24</sup>. Okres ochrony prawa *sui generis* wynosi 15 lat, niemniej jest on każdorazowo odnawialny wraz z dokonaniem kwalifikowanych przedmiotowo jako nowa istotna inwestycja zmian w bazie danych. Mechanizm ten może więc działać na zasadzie *perpetuum mobile*, co stanowi dalekie uprzywilejowanie beneficjentów ochrony na mocy prawa *sui generis* do baz danych w porównaniu z ogólnymi normami ochrony prawnoautorskiej utworów i na tym tle może wydawać się pewną nieścisłością.

Dla objęcia ochroną z tytułu prawa *sui generis* baza danych w rozumieniu definicji z art. 1 ust. 2 Dyrektywy musi spełniać przesłanki z art. 7 ust. 1 Dyrektywy, które ostatecznie, jeśli chodzi o zakres odpowiednich przepisów aktów prawa Unii Europejskiej, ustalają zakres rodzajów baz danych podlegających tej ochronie. Artykuł 7 ust. 1 Dyrektywy stanowi, że ochroną *sui generis* objęte są bazy danych wymagające istotnej z punktu widzenia ilościowego lub jakościowego „inwestycji dla uzyskania, weryfikacji lub prezentacji ich zawartości”. Ochronie podlegać może więc jedynie baza danych sporządzona w wyniku istotnej inwestycji kwalifikowanej przedmiotowo. Nie ulega wątpliwości, iż wystarczające dla kwalifikacji bazy jako chronionej prawem *sui generis* będzie dokonanie koniecznej inwestycji w chociażby jedną z trzech wymienionych czynności odnoszących się do elementów bazy danych. Poza zakresem ochrony znajdują się natomiast bazy danych powstałe w wyniku procesu produkcyjnego, gdzie istotne inwestycje dotyczyły wyłącznie działań niewymienionych w art. 7 ust. 1 Dyrektywy, np. związanych z promocją. Za istotną inwestycję może być uznany wkład intelektualny wykonawców bazy danych o wysokich kwalifikacjach (istotność jakościowa) lub kapitał finansowy poświęcony na sfinansowanie prac (istotność ilościowa). Są to cechy, jakie uprzednio przemawiały za ochroną prawnoautorską niektórych baz danych w państwach członkowskich o tradycji *common law* w związku ze stosowaniem doktryny „spoczonego czoła”. Doszło więc do przesunięcia kręgu baz danych niestanowiących utworu w ścisłym znaczeniu spod zakresu regulacji prawa autorskiego do objęcia ich regulacją prawa *sui generis* implementowaną do systemów krajowych. Na pierwszy rzut oka nie powinno wiązać się to z ograniczeniem zakresu ochrony, gdyż zarówno Dyrektywa, jak i doktryna „spoczonego czoła” stawiały wobec takich baz wymóg istotności wkładu inwestycyjnego przesądzającego o podleganiu przez nie ochronie prawnej,

---

<sup>24</sup> Zob. V. Vanovermiere, *The Koncept of Lawful User in Database Directive*, IIC 2000 nr. 1.



przy czym w doktrynie anglosaskiej wkład ten miał mieć charakter niematerialny. Ze względu na tak opisane kryteria kwalifikacji do ochrony prawem *sui generis*, kumulatywną ochronę na jego mocy otrzymają także te bazy danych chronione prawem autorskim, które powstały w wyniku kwalifikowanej jakościowo lub ilościowo istotnej inwestycji. Wydaje się przy tym, że w zasadzie każda baza mająca status utworu będzie ze względu na istotny wkład twórczy podpadać pod regulację prawa *sui generis*, pomimo iż dotychczasowe orzecznictwo wskazuje na tendencję ku traktowaniu cech jakościowych inwestycji drugorzędnie i raczej komplementarnie w stosunku do cech ilościowych, co nie wynika z literalnej wykładni przepisów Dyrektywy<sup>25</sup>. Przyjęcie zasady ochrony kumulowanej wyraża wprost art. 7 ust. 4 Dyrektywy zgodnie z art. 2 pkt c) Dyrektywy.

## 6. Zasięg ochrony prawem *sui generis* do bazy danych w świetle orzecznictwa

Opisany wyżej zasięg prawa *sui generis*<sup>26</sup> do bazy danych uległ istotnemu zawężeniu przez orzecznictwo. Sądy państw członkowskich, stając w obliczu wątpliwości co do wykładni Dyrektywy, skorzystały z uprawnienia przewidzianego w art. 267 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej – pytania prejudycjalnego dotyczącego interpretacji przesłanek ochrony *sui generis*. W listopadzie 2004 roku ETS rozstrzygnął cztery sprawy dotyczące baz danych informacji sportowych dla dyscyplin piłki nożnej i zawodów jeździeckich. Chodzi tu o orzeczenia C-46/02 (*Fixtures Marketing Ltd v. Oy Veikkaus Ab*); C-203/02 (*The British Horseracing Board Ltd and Others v. William Hill Organisation Ltd*), C-338/02 (*Fixtures Marketing Limited v. AB Svenska Spel*) oraz C-444/02 (*Fixtures Marketing Ltd v. Organismos prognostikon agonon podosfairou AE – „OPAP”*). Każdy z przypadków dotyczył pobierania lub wtórnego wykorzystywania (w szczególności kopiowania) istotnej części bazy danych przez podmioty nieupoważnione przez producenta, którym inwestor odmawiał prawa do takich działań. Jednocześnie każda z przedmiotowych baz danych była systemem magazynowania i przetwarzania informacji, które producent zgromadził samodzielnie, a nie uzyskał źródeł gotowej postaci ze źródeł zewnętrznych. ETS nazwał ten typ bazy danych „bazą jednego źródła” (ang. *single-source database*). Dokładne wyjaśnienie tego terminu i wiązanych z nim założeń prawnych odnośnie ochrony prawem *sui generis* wymaga przytoczenia stanu faktycznego sprawy *British Horseracing Board*<sup>27</sup>. Brytyjska Rada Jeździectwa była organem zarządzającym zawodami jeździeckimi w Wielkiej Brytanii do daty jej fuzji z organem regulacyjnym tej dziedziny sportu, *Jockey Club*,

---

<sup>25</sup> J. Barta, R. Markiewicz, Komentarz do ustawy o ochronie baz danych, Kraków 2002, s. 74.

<sup>26</sup> Zob. X. Konarski, *Przedmiot ochrony i treść prawa sui generis do bazy danych*, PPH 2005, nr 11.

<sup>27</sup> Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 9 listopada 2004 w sprawie C-203/02 *The British Horseracing Ltd i inni*.

30 lipca 2007 roku. Jej funkcja koncentrowała się wokół organizacji i promocji zawodów jeździeckich. BHB opracowała wyczerpujące listy zawodów (minionych i planowanych) i zawodników jazdy konnej oraz skonstruowała na potrzeby ich wyszukiwania operatywną bazę danych, do której dostępu miała udzielać zainteresowanym podmiotom, w tym instytucjom medialnym, spółkom bukmacherskim i osobom prywatnym, za uiszczeniem opłaty licencyjnej. Informacje zawarte w bazie danych zostały dostarczone przez właścicieli koni, organizatorów zawodów sportowych, trenerów oraz inne osoby i instytucje działające w branży jeździeckiej. Koszt utrzymania bazy wynosił około 4 miliony funtów rocznie. Spółka bukmacherska William Hill, pozwana w procesie jako subskrybent informacji mailowej z bazy BHB wykorzystała uzyskane wiadomości do organizowania zakładów wzajemnych poprzez dwa własne serwisy internetowe, gdzie wtórnie udostępniała istotną część danych zawartych w bazie. BHB sprzeciwiła się temu działaniu i żądała jego zaniechania na mocy przepisów przyznających producentowi prawo zakazowe wynikające z ochrony *sui generis*. ETS nie przychylił się jednak do twierdzenia BHB, że przysługuje jej prawo *sui generis* do bazy danych, uzasadniając, że: „środki użyte do sporządzenia listy koni w wyścigu oraz jej sprawdzania nie stanowią inwestycji w uzyskanie lub weryfikację zawartości bazy danych, w której ta lista się pojawia”, a zatem BHB nie dokonała wymaganej w Dyrektywie dla przyznania ochrony *sui generis* istotnej inwestycji w uzyskanie, weryfikację lub prezentację materiałów. Trybunał orzekł, że inwestycja w wybór koni dopuszczonych do wyścigu w celu organizacji zawodów odnosi się do stworzenia (ang. *creation*), a nie wymaganego w świetle Dyrektywy otrzymania (ang. *obtaining*) danych wchodzących w skład list dla wyścigów ujętych w bazie BHB. Wedle rozstrzygnięcia, również weryfikacja zawartości bazy danych ma dotyczyć materiałów już uzyskanych, a nie znajdujących się na etapie tworzenia ich na rzecz bądź przez inwestora. Takie „stworzone” przez producenta informacje stanowią właśnie podstawowe elementy jednoźródłowych baz danych, a stąd wyłączają je jako przedmioty prawa *sui generis*. W efekcie przeprowadzenia tak ściśle literalnej wykładni, ETS odmówił BHB ochrony prawem *sui generis*, co stanowi głośny i niespodziewany precedens na polu rozstrzygania o zakresie baz danych podlegających tej regulacji. Ze względu na zniweczenie planów licencjonowania dostępu do bazy danych Brytyjska Rada Jeździectwa utraciła perspektywiczne zyski szacowane na 100 milionów funtów rocznie<sup>28</sup>. Jednak zakres skutków ekonomicznych orzeczenia był znacznie szerszy<sup>29</sup>. Z punktu widzenia mocy wiążącej rozstrzygnięcie ETS stanowi precedens w systemie prawa Unii Europejskiej. Interpretację przeprowadzoną przez ETS winny uwzględniać w orzecznictwie sądy krajów członkowskich orzekające w oparciu o przepisy włączone do porządku prawa krajowego w celu implementacji Dyrektywy. Stąd orzeczenie

---

<sup>28</sup> OUT-LAW News on-line, *Should Europe repeal its database law?* 14. 12. 2005.

<sup>29</sup> Zob. M. Davidson, B. Hugenholtz, *Football Fixtures, Horseraces and Spin-offs: The ECJ Domesticates the Database Right*, EIPR 2005, nr 3.



ma znaczenie dla przedsiębiorców działających na rynku baz danych we Wspólnocie niezależnie od stopnia umiędzynarodowienia ich aktywności rynkowej. Licencjonowanie baz danych utworzonych na potrzeby prowadzonej działalności muszą odtąd wykluczyć z planów finansowych instytucje organizujące bądź zarządzające i regulujące zawody sportowe danej dyscypliny, m.in. rady piłki nożnej i golfa. Wskazana linia interpretacji dotyczy również podmioty innych branż, np. agencje nieruchomości czy agencje zatrudnienia, które publikują ogłoszenia udostępniane przez osoby przeglądające ich witryny internetowe. Książki telefoniczne opracowane przez firmy telekomunikacyjne czy programy telewizyjne publikowane przez stacje nie są również w świetle powyższych założeń przedmiotami ochrony jako bazy jednoźródłowe<sup>30</sup>. Co więcej, w braku ochrony prawnej nie tylko nie ma możliwości osiągnięcia zysków z licencji, ale na skutek pobrania i udostępnienia na stronie internetowej innego podmiotu zawartości bazy *on-line* może dojść do znacznego zmniejszenia liczby użytkowników strony producenta bazy na rzecz jego legalnie kopiujących treści bazy konkurentów, a tym samym zmniejszenia dochodów z reklam i banerów na stronie podmiotu pierwotnie publikującego zbiór danych. Raport Komisji Europejskiej w sprawie oceny funkcjonowania Dyrektywy 96/9/WE<sup>31</sup> sugeruje, że pomimo wyraźnego zawężenia zakresu prawa do bazy danych, producenci będą prawdopodobnie starać się uniknąć skutków wyłączenia spod ochrony prawnej poprzez konstruowanie systemów zabezpieczeń dostępu do baz danych *on-line*. Argumentacja ta jest o tyle zawodna, iż trudno wyobrazić sobie bazę danych nastawioną na wypracowywanie dochodów z udostępniania jej treści, chociażby jedynie podmiotom wybranym – weryfikowanym przez system zabezpieczeń, niewyeksponowaną na wysokie ryzyko skopiowania i rozpowszechnienia jej zawartości przez konkurencję. Należy w związku z tym przewidywać, że przedsiębiorcy wyjęci spod ochrony prawa *sui generis* utracą bardzo istotne źródło zysku, co z pewnością wpłynie na kształtowanie przez nich dalszych strategii rynkowych. Z drugiej strony nie ulega wątpliwości, że linia interpretacyjna ETS wspiera ułatwienie dostępu do informacji, z czego korzyść odnieść powinny w szczególności środowiska naukowe, jak również twórcy i usługodawcy w segmencie rynku nauki. Na tle powyższych zależności rodzi się pytanie, czy postulowany w Dyrektywie balans między interesem użytkowników i producentów baz danych został faktycznie utrzymany przez cytowane orzecznictwo.

---

<sup>30</sup> E. Derclaye, *Database „Sui Generis” Right: Should we Adopt Spin-Off Theory?*, EIPR 2004 nr 9, s. 402.

<sup>31</sup> Commission of the European Communities, DG Internal Market and Services Working Paper, First evaluation of Directive 96/9/EC, Brussels 12 December 2005.

## 7. Kontrowersje dotyczące zasięgu prawa *sui generis*

### 7.1. Wąski zasięg prawa *sui generis* do baz danych a założenia Dyrektywy Nr 96/9/WE

Raport Komisji Europejskiej w sprawie oceny funkcjonowania Dyrektywy 96/9/WE stwierdza *expressis verbis*, że orzeczenia ETS dotyczące odróżnienia baz danych gromadzących dane „uzyskane” w znaczeniu „pobrane” od baz danych obejmujących dane stworzone przez producenta i wyłączające spod ochrony prawem *sui generis* te ostatnie „wychodzą naprzeciw pierwotnej intencji Komisji, aby chronić bazy danych w sensie szerokim”<sup>32</sup>. Zdanie to umieszczone jest w kontekście wykazywania trudności związanych z egzekwowaniem w państwach członkowskich niesprawdzonej i niejednoznacznej regulacji. Wykładnia przepisów Dyrektywy winna być przeprowadzona przy uwzględnieniu postanowień preambuły aktu, która wyznacza jego cele i założenia. Jeżeli podstawowym zmierzaniem Dyrektywy jest, jak wykazano wyżej, ustanowienie mechanizmów ochrony inwestycji w bazy danych do granic, jakie wyznacza istotny interes użytkowników, znajdujący wyraz w przepisach o dozwolonym użytku i wyłączeniach spod ochrony, to seria rozstrzygnięć Trybunału wykluczająca z zakresu ochrony nieoryginalne bazy danych złożone z elementów „stworzonych” przez producenta, jest wyłomem na polu realizacji założenia o pobudzaniu wzrostu rynku baz danych. Jedyne postanowienie Dyrektywy, powołane zresztą w uzasadnieniu rozstrzygnięcia w sprawie *British Horseracing Board*, wskazujące w sposób bezpośredni zasadność kierunku interpretacji obranego przez ETS to punkt 19. preambuły Dyrektywy w brzmieniu: „W zasadzie zestawienie kilku nagrań muzycznych wykonanych na płycie kompaktowej nie jest objęte zakresem niniejszej dyrektywy, zarówno dlatego, że jako kompilacja nie spełnia warunków do ochrony praw autorskich, jak i dlatego, że nie przedstawia dość znacznych nakładów inwestycyjnych, aby kwalifikować się na mocy prawa *sui generis*”. Wobec stwierdzenia o niewystarczającej wysokości inwestycji w uzyskanie, weryfikację lub prezentację ścieżek muzycznych, należy wnioskować, że intencją legislatury było objęcie definicją kwalifikowanej przedmiotowo istotnej inwestycji jedynie nakładów na czynności względem już uzyskanych elementów (przyszłej) bazy danych, bez uwzględnienia nakładów na stworzenie danych zgromadzonych w bazie, czyli w tym przypadku nakładów na nagranie ścieżek muzycznych. Pozostałe nakłady na odpowiednie według producenta ułożenie ścieżek na liście są w istocie co do zasady nieznaczne z punktu widzenia zaangażowania pracy, kapitału lub wysiłku intelektualnego. W przypadku tym mamy do czynienia z sytuacją, gdy odmawia się ochrony bazie danych, kiedy wyłączny istotny nakład związany z jej utworzeniem pochodzi z pierwszoplanowej

---

<sup>32</sup> Commission of the European Communities, DG Internal Market and Services Working Paper, First evaluation of Directive 96/9/EC, Brussels 12 December 2005, s. 13.

działalności przedsiębiorcy, jaką jest w tym przypadku wytwórnia muzyczna. Uznaje się, że baza danych o tych cechach, stanowiąca dodatkowy produkt w ramach takiej działalności, nie zasługuje na ochronę, ponieważ nie jest efektem wystarczającej dodatkowej inwestycji, podczas gdy *ratio legis* Dyrektywy jest właśnie ochrona interesu inwestora, a tym samym, co kluczowe, regulacja ma sprzyjać uzyskaniu przez producenta właściwego wynagrodzenia za stworzenie bazy. W omawianym przypadku brakuje owej proporcjonalności między hipotetycznym wynagrodzeniem z udostępniania bazy a poniesionym nakładem. Jak podkreślono, taki mechanizm pozbawia znacznych zysków istotną część podmiotów trudniących się sporządzaniem nieoryginalnych baz danych o wysokim poziomie jakości. Okazuje się jednak, że stosowanie interpretacji podniesionej przez ETS może przy tak funkcjonującym mechanizmie prawnym zasadniczo godzić w zasadę ochrony słusznego interesu inwestorów, ze względu na wyłączenie niektórych z nich zgodnie z omawianą drogą wykładni spod ochrony prawem *sui generis* do uzyskania odpowiedniego wynagrodzenia za poniesiony nakład. Problem ten omówiono w kolejnym akapicie, odnosząc się do szerszego spojrzenia na tradycję regulacji prawa ochrony baz danych w Europie. Zasadniczo podważa on, w mojej opinii, tezę, że obowiązująca we Wspólnocie regulacja jest w istocie właściwa dla odpowiednio wyważonej względem interesów producentów i konsumentów ochrony inwestycji w bazy danych.

## 7.2. Wpływ doktryny „spoczonego czoła” na regulację Dyrektywy i istotne odrębności

Jak wyjaśniono na wstępie, konstrukcja prawa *sui generis* do bazy danych miała stać się surogatem ochrony, jaką dawało bazom danych niespełniającym definicji utworu rozumianej ściśle podejście doktryny „spoczonego czoła” w krajach o tradycji *common law*. Rozwinięta w krajach anglosaskich linia orzecznicza kwalifikowała jako bazy danych posiadające status utworu zbiory informacji powstałe w wyniku istotnego nakładu intelektualnego lub kapitałowego wytwórcy, nie stawiając restrykcyjnego wymogu oryginalności. Od tak liberalnej drogi wykładni judykatura większości państw członkowskich o systemie prawa precedensu wypracowała jednak wyjątki niepozwalające na objęcie ochroną niektórych baz danych powstałych w wyniku znacznych nakładów. Rozwinięta w ten sposób teoria produktu ubocznego (ang. *spin-off theory*) wyłączała spod ochrony prawnej bazy danych stanowiące produkt uboczny głównej działalności ich wytwórcy. Tak na przykład ochronie nie podlegały książki telefoniczne opracowane przez firmy telekomunikacyjne, które same tworząc numery abonentów na potrzeby swej podstawowej działalności, wchodziły w stan posiadania wyczerpujących informacji o użytkownikach sieci. Jasnym celem takiego podejścia było zapobieżenie budowaniu monopolu informacyjnego po stronie gracza rynkowego czerpiącego dane dotyczące bezpośrednio lub pośrednio z własnej

działalności gospodarczej w procesie jej wykonywania. Argumentowano, że jeżeli baza danych powstała dzięki zgromadzeniu informacji w wyniku nakładu inwestycyjnego na rozwój głównej działalności, wtedy wymagana przez doktrynę „spoconego czoła” wartość materialna lub intelektualna nakładu, była w istocie skierowana na działalność główną producenta bazy i nie zasługuje na ochronę. Rozumowanie to wyraźnie przypomina uzasadnienie wyłączenia spod ochrony *sui generis* baz danych gromadzących informacje „stworzone” przez inwestora w obecnym prawie Unii Europejskiej. Wykluczenie baz danych spod ochrony prawnej na podstawie teorii produktu ubocznego można przyrównać do wyłączenia ich z zasięgu prawa *sui generis* do bazy danych na mocy wyróżnienia tzw. jednoźródłowych baz danych. Pogłębiona analiza wykazuje jednak, iż wykładnia ETS odróżniająca informację stworzoną od pobranej istotnie rozszerza zakres wyłączenia spod ochrony prawnej względem teorii produktu ubocznego. Prawo *sui generis* nie przysługuje bowiem w świetle rozróżnienia między stworzeniem a uzyskaniem danych przeprowadzonego przez ETS również producentom, którzy „stworzyli” informacje zawarte w bazie w toku swojej działalności głównej, podczas gdy działalnością główną inwestora jest właśnie produkcja baz danych. Dla przykładu spod ochrony *sui generis* będzie więc wyłączone opracowanie encyklopedii roślin siewnych, jeżeli jej producent przeprowadził zaawansowane badania przyrodnicze mające na celu identyfikację oraz wyczerpujący opis gatunków flory z tego zakresu w celu pozyskania informacji. Przy odwołaniu do doktryny „spoconego czoła” baza taka będzie oczywiście podlegać ochronie ze względu na zaangażowany wkład badawczy i fakt, że jej sporządzenie było celem związanym z główną aktywnością inwestora, tj. produkcją tego typu zbiorów informacji botanicznej, a nie jej produktem ubocznym. *Ratio legis* przemawiające za wyłączeniem tej ostatniej kategorii baz spod ochrony prawnej jest dość wątpliwe i może wydawać się nieuzasadnioną dyskryminacją. Przede wszystkim jednak, przeczy ono podstawowym założeniom Dyrektywy dotyczącym pozytywnego stymulowania inwestycji w bazy danych. Należy bowiem uznać obszar baz danych wymagających wysokiego zaangażowania pracy i kapitału przez podmiot profesjonalnie trudniący się badaniami na pozyskanie nowych informacji za pole niezwykle ważne dla rozwoju nauki, a jednocześnie ze względu na wysokość utopionego w inwestycje kapitału i nakładu pracy newralgiczne na wyłączenie spod oddziaływania regulacji gwarantujących ochronę produktu przed kopiowaniem i publicznym rozpowszechnianiem.

### 7.3. Ochrona baz danych prawem *sui generis* a prawo konkurencji

Ze względu na faktyczne zawężenie stosowania ochrony *sui generis* przez Trybunał podniesiono rozważania, czy motywacją do jego zacieśnienia dostrzeżoną przez organ orzekający nie stała się obawa negatywnych skutków funkcjonowania prawa *sui generis* dla konkurencji

na wspólnym rynku. Wąska interpretacja ETS dotycząca zakresu ochrony baz nieoryginalnych gwarantuje, że wykluczone spod ochrony podmioty nie będą mogły nadużywać pozycji dominującej na polu udostępniania danych z bazy jednego źródła. Ryzyko takie jest bowiem wyższe ze względu na unikalność informacji, kiedy ich twórca jest równocześnie producentem porządkującej je bazy danych. Uzasadnienie to bezpośrednio powołano w Raporcie Komisji z 2005 roku<sup>33</sup>. Trudno jednocześnie znaleźć inne racje ekonomiczne przemawiające z punktu widzenia potencjalnych skutków rynkowych za wyjęciem spod ochrony nieoryginalnych baz danych. Metoda rozwiązywania tego problemu poprzez wykluczenie spod ochrony producentów baz danych jednego źródła wydaje się jednak nie do końca właściwa. Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej w artykule 102 normuje bezpośredni zakaz mający służyć prewencji i eliminowaniu nadużyć pozycji dominującej *ex post*. Załóżmy, że dochodzi do objęcia ochroną *sui generis* nieoryginalnych baz danych jednego źródła, a tym samym do dopuszczenia udzielania licencji na dostęp do takich baz przez ich producentów i możliwości pobierania przez nich opłat z tego tytułu. W przypadku odmowy udzielenia licencji lub nakładania rażąco wygórowanych opłat w zamian za przyznanie licencji, przedsiębiorcy, który ze względu na unikalność stworzonych danych będzie z pewnością posiadał pozycję dominującą na rynku tej kategorii informacji, grozi odpowiedzialność za naruszenie artykułu 82 Traktatu. Ze względu na wypracowaną w prawie Unii Europejskiej autonomię prawa konkurencji i jego szczegółową, skutecznie egzekwowaną regulację, tworzenie norm zapobiegających nadużyciom na poziomie regulacji szczególnych, dotyczących określonych rynków specjalistycznych sektora w przeważającej mierze prywatnego, które jednocześnie dyskryminują pewne grupy przedsiębiorców, wydaje się nieoptymalnym rozwiązaniem legislacyjnym. Tezę, iż ogólna regulacja prawa konkurencji jest wystarczająca dla ochrony rynku baz danych w przypadku objęcia ochroną baz nieoryginalnych jednego źródła, potwierdza judykatura Unii Europejskiej sprzed listopada 2004 roku, tj. daty wydania serii rozstrzygnięć zacieśniających zasięg ochrony *sui generis* przez Trybunał. Najistotniejsze orzeczenie ETS z 6 kwietnia 1995 roku o wadze precedensu w tej kwestii dotyczy sprawy *Magill*<sup>34</sup>. Stwierdzono w nim naruszenie pozycji dominującej przez trzy irlandzkie stacje telewizyjne wyrażające się w odmowie udzielenia irlandzkiej spółce Magill, zajmującej się wydawaniem programów telewizyjnych, licencji na publikowanie w jej tygodniku informacji o planach emisji programów tychże stacji. Wykazano, że publikacja tych danych była niezbędna dla konkurowania przez Magill z rywalami na rynku programów telewizyjnych. Programy telewizyjne irlandzkich stacji telewizyjnych zyskiwały wówczas ochronę prawnoautorską w prawie krajowym Irlandii dzięki stosowaniu doktryny „spoconego czoła” pomimo konieczności ich klasyfikacji jako jednoźródłowych

---

<sup>33</sup> Commission of the European Communities, DG Internal Market and Services Working Paper, First evaluation of Directive 96/9/EC, Brussels 12 December 2005.

<sup>34</sup> Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 6 kwietnia 1995 w sprawach połączonych C-241/91 P i C-242/91 P. Telefís Éireann (RTE) i Independent Television Publications Ltd (ITP) v Komisja.



baz danych pozbawionych charakteru twórczego w znaczeniu ścisłym. Ochronę tę musiał re-spektować Trybunał. ETS podkreślił jednakże, że działanie przedsiębiorstwa posiadającego pozycję dominującą, polegające na wykonywaniu praw przysługujących na mocy krajowego prawa autorskiego, nie może przez wzgląd na sam ten fakt być wyłączone spod kontroli z punktu widzenia art. 82 (wówczas: 86) Traktatu. Na trzy stacje telewizyjne nałożono obowiązki udzielenia Magill licencji przymusowej na warunkach określonych w orzeczeniu. Ze względu na szeroki wachlarz pozytywnych bodźców gospodarczych wynikających z rozwoju rynku nieoryginalnych w rozumieniu Dyrektywy baz jednego źródła, można przychylić się do twierdzenia, że również inwestycje w stworzenie informacji w powiązaniu z ich dalszym uporządkowaniem w bazie danych powinny zostać objęte ochroną prawną, a w zakresie ekonomicznych następstw takiej decyzji organy prawodawcze Unii Europejskiej powinny zaufać skuteczności regulacji prawa konkurencji. Taki postulat legislacyjny jest z pewnością zgodny z zasadą wolności gospodarczej w sensie, w jakim Unia Europejska nie powinna wprowadzać legislacji dyskryminującej określone grupy przedsiębiorców ze względu na ochronę konkurencji, w sytuacji, gdy tę ostatnią zapewniają na tym polu w optymalnym zakresie odrębne przepisy. Można także przyjąć, że odpowiednio odnosząc do tego przypadku legislacji zasadę proporcjonalności, możliwe jest wykazanie niewłaściwego charakteru przyjętego mechanizmu prawnego, ze względu na zastosowanie środka ostrzejszego (wykluczenie spod ochrony prawnej), aniżeli najmniej uporczywy dla przedsiębiorców środek gwarantujący osiągnięcie pożądanego rezultatu (ochrona konkurencji na mocy odpowiednich przepisów prawa antymonopolowego). Podkreślimy, że konsekwencją obowiązującej wykładni Dyrektywy jest utrata przez producentów nieoryginalnych baz danych jednego źródła istotnych zysków z tej działalności. Ocena regulacji z punktu widzenia ogólnych norm prawa publicznego gospodarczego jest zatem uzasadniona, a sam akt prawny można traktować jako ingerencję organów publicznych w funkcjonowanie rynku, która powinna być adekwatna do zamierzonych celów i spójna z zasadami wynikającymi z aktów wyższego rzędu (Traktat o Unii Europejskiej i Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej).

## 8. Nieścisłość przesłanek prawa *sui generis*

Definicja prawa *sui generis* do bazy danych ujęta w art. 7 Dyrektywy rodzi szereg problemów interpretacyjnych związanych z niskim stopniem dookreśloności ujętych w niej przesłanek ochrony, które dają pole dla uznaniowych rozstrzygnięć właściwych do ich rozpoznawania organów. Pomimo iż w części państw członkowskich regulacje krajowe implementujące postanowienia Dyrektywy obowiązują już ponad dekadę, orzecznictwo ETS dotyczące tej materii, które może mieć w wymiarze unijnym walor prawotwórczy, jest stosunkowo ubogie. Wzmaga to trudności związane z wypracowaniem jednolitego podejścia

krajowych organów sądownictwa różnych państw członkowskich do stosowania przepisów o ochronie *sui generis*. Co więcej, praktyka pokazuje, że jaskrawe rozbieżności interpretacyjne występują również pomiędzy krajowymi organami sądownictwa danych państw. W Niemczech 29 czerwca 1999 roku zapadło orzeczenie Sądu Apelacyjnego Düsseldorfu w sprawie portalu *baumarkt.de*<sup>35</sup>, w którym Sąd odmówił ochrony na podstawie prawa *sui generis* obszernej bazy danych gromadzącej przydatne z praktycznego punktu widzenia informacje o rynku usług budowlanych w Niemczech. W uzasadnieniu powołano fakt, że baza nie jest objęta zasięgiem rzeczowego prawa ze względu na nieistnienie wymaganej ustawą istotnej inwestycji (w rozumieniu art. 7 Dyrektywy). W orzeczeniu w sprawie *Hit Bilanz* z 21 lipca 2005<sup>36</sup> Federalny Sąd Najwyższy Niemiec stwierdził natomiast, że ochronie na mocy prawa *sui generis* podlega ukazująca się cotygodniowo lista przebojów muzycznych „Top 10”. Fakt istnienia w tym przypadku istotnej inwestycji w uzyskanie i weryfikację materiałów Sąd ustalił w oparciu o wykładnię zbieżną z prezentowaną przez ETS w sprawie *British Horseracing Board*. Zarzuty, jakie wypada postawić obu orzeczeniom, dotyczą pułapu kryterium istotnej inwestycji jakościowej lub ilościowej (art. 7 ust. 1 Dyrektywy). O ile w przypadku pierwszego wyroku zakres i trudność w zebraniu i odpowiednim doborze informacji dotyczących rynku usług budowlanych (1), ich ciągła aktualizacja (2) oraz klasyfikacja (3) świadczą o wysokich ilościowych, jak również – ze względu na specyfikę dziedziny – jakościowych nakładach inwestycyjnych w celu uzyskania (1), weryfikacji (2) i prezentacji (3) danych w portalu, o tyle kwalifikacja listy dziesięciu przebojów jako chronionej prawem *sui generis* bazy danych w drugim orzeczeniu jest wątpliwa ze względu na fakt, iż wyłącznym istniejącym nakładem na stworzenie listy wydaje się być jakościowo kwalifikowany nakład na dobór odpowiednich dziesięciu utworów poprzez ich ewaluację estetyczną połączoną z oceną ich popularności, podczas gdy trudno w badanej sprawie określić ten nakład jako istotny z ekonomicznego punktu widzenia lub ze względu na włożony wysiłek intelektualny. W orzecznictwie ETS jakościowe aspekty inwestycji rozpatrywane zostały właśnie w tych ostatnich kategoriach. Co więcej, orzecznictwo wskazuje na traktowanie walorów jakościowych jako komplementarnych, a tym samym drugorzędnych względem ilościowej kwantyfikacji inwestycji. Przykład orzecznictwa niemieckiego pozwala zobrazować praktyczną doniosłość problemów, jakie rodzi definicja inwestycji w rozumieniu Dyrektywy – zarówno w zakresie oceny jej istotnego charakteru, jak i jej przedmiotowo kwalifikowanego przeznaczenia. Dodatkowe problemy interpretacyjne może powodować w systemach poszczególnych państw członkowskich stosowanie różnorodnych podejść adekwatnych dla wykładni dawnej regulacji prawa wewnętrznego do nowego prawa wprowadzonego przez Dyrektywę. Nieprecyzyjność pojęć opisujących przedmiot prawa daje pole do nasilania się tego typu

---

<sup>35</sup> Oberlandesgericht von Düsseldorf: *baumarkt.de; Verwendung von frames auf Internetseiten* Urteil vom 29. Juni 1999, 20 U 85/98, Vorinstanz: 12 O 347/98.

<sup>36</sup> Bundesgerichtshof: *Hit Bilans* Urteil vom 21. Juli 2005, I ZR 290/02.



zjawisk. W Raporcie Komisji na temat oceny funkcjonowania regulacji ujętej w Dyrektywie<sup>37</sup> wskazano na orzeczenia sądów holenderskich<sup>38</sup>, w których widoczne jest stosowanie znanej, nieobowiązującej już ustawy holenderskiej, poprzedzającej implementację Dyrektywy, teorii produktu ubocznego do interpretacji przesłanek stosowania ochrony *sui generis*<sup>39</sup>. Należy jednak zaznaczyć, że w orzeczeniach dotyczących baz danych w postaci książek telefonicznych, sądy stały na stanowisku, iż te ostatnie podlegają ochronie *sui generis*, gdyż nakłady przedsiębiorstw telekomunikacyjnych na ich sporządzenia były niezależne od działalności podstawowej związanej ze świadczeniem usług telekomunikacyjnych<sup>40</sup>.

#### g. Inne problemy na tle nowej regulacji

Istotnym punktem sporów co do zasadności niektórych aspektów regulacji dotyczącej prawa do bazy danych jest określenie okresu ochrony *sui generis*. Wynosi ona co do zasady 15 lat od momentu opracowania bazy lub jej pierwszego publicznego udostępnienia, o ile mieści się ono w granicach piętnastoletniego terminu biegnącego od ostatecznego opracowania; niemniej jednak może ulec przedłużeniu o kolejne 15 lat w wyniku wprowadzenia w bazie danych istotnych zmian, jakie pozwalają na uznanie bazy danych za nową inwestycję (art. 10 Dyrektywy). Abstrahując od szeregu problemów interpretacyjnych związanych z wyjaśnieniem pojęcia zmiany pozwalającej na traktowanie bazy jako nowej inwestycji, powyższe normy pozwalają mechanizmowi ochrony działać na zasadzie *perpetuum mobile*. Jest o tyle kontrowersyjne, że tak długiego okresu nie wprowadza nawet prawo autorskie, które powinno dawać silniejsze gwarancje ochrony baz danych, mając zastosowanie jedynie do baz o charakterze twórczym. Zasada kumulacji ochrony *sui generis* z ochroną prawnoautorską łagodzi ten widoczny na płaszczyźnie teoretycznej dysonans. Pozostaje jednak do rozpatrzenia kwestia, czy w praktyce nie mamy do czynienia z rozwiązaniem legislacyjnym nazbyt uprzywilejującym producentów baz danych poprzez potencjalnie zbyt długi okres ochrony *sui generis*, stający w sprzeczności z interesem użytkowników.

Kolejnym problemem praktyki stosowania regulacji opartych o przepisy Dyrektywy jest prawna kwalifikacja umieszczania przez podmioty inne aniżeli producent bazy danych odnośników do materiałów bazy danych umieszczonych na innej stronie internetowej łączących się ze witryną docelową zawierającą konkretne informacje z pominięciem strony głównej, a tym

---

<sup>37</sup> Commission of the European Communities, DG Internal Market and Services Working Paper, First evaluation of Directive 96/9/EC, Brussels 12 December 2005, s. 11.

<sup>38</sup> Zob.: wyrok Sądu Dystryktu Hagi z 12 września 2000 w sprawie *NVM v. De Telegraf*; wyrok Sądu Dystryktu Rotterdamu z dnia 22 sierpnia 2000 w sprawie *Algemeen Dagblad a.o. v. Eureka*.

<sup>39</sup> Więcej o wczesnym orzecznictwie por. B. Hugenholtz, *The New Database Right, Early Case Law from Europe*, dostęp: <http://www.ivir.nl/publications/hughenholtz/fordham2001>.

<sup>40</sup> J. Barta, R. Markiewicz [w:] Red. P. Podrecki, *Prawo Internetu*, Warszawa 2006; Tezy orzeczeń dostępne pod adresem: <http://www.ivir.nl/index.html>.

samym zamieszczonych na niej reklam lub banerów. Konkurent stosujący tzw. głębokie linki może czerpać zyski z udostępniania danych na stronie producenta, pozbawiając jednocześnie tego ostatniego dochodów z udostępnienia miejsc na reklamę. Choć nie dochodzi w tym przypadku do przetwarzania danych przez konkurenta, wydaje się jednak, że mamy do czynienia z ich wtórnym udostępnianiem. Taką wykładnię przyjął precedensowo w lipcu 2008 roku duński sąd, rozpatrując sprawę *Duńskie Stowarzyszenie Wydawców Prasy v. Newsbooster.com*<sup>41</sup>. Inkryminowany serwis stosował głębokie linki prowadzące bezpośrednio do tekstów publikacji internetowych. Niemniej jednak orzecznictwo innych państw członkowskich nie stwierdzało naruszeń w podobnych sprawach. W szczególności na uwagę zasługują tu wyroki sądów niemieckich<sup>42</sup>.

#### 10. Potrzeba rewizji Dyrektywy

Ewaluacja funkcjonowania nowego dwutorowego mechanizmu ochrony baz danych dokonana w Raporcie Komisji z grudnia 2005 roku została zamknięta poprzez przedstawienie czterech możliwych, dość oczywistych, wariantów kroków, jakie mogą podjąć organy prawodawcze Unii Europejskiej. Miały to być mianowicie: 1) uchYLENIE Dyrektywy o ochronie baz danych albo 2) usunięcie instytucji prawa *sui generis*, albo 3) zmiana postanowień Dyrektywy, albo 4) utrzymanie *status quo*. Jednocześnie Raport nie wskazuje, ani nawet nie wydaje się sugerować, które z powyższych rozwiązań uznano za optymalne. Wobec powyższego, dokument ten należy traktować raczej jako analizę, a nie ocenę regulacji wprowadzonej Dyrektywą. Raport nie rozstrzyga również najbardziej fundamentalnego z praktycznego punktu widzenia zagadnienia, jakim jest wpływ nowego prawa na zmiany na europejskim rynku baz danych, a w szczególności na stymulowanie jego wzrostu. Stwierdzenie, iż nie wykazano takiego wpływu nie implikuje jego braku, a jedynie fakt, że organy Unii Europejskiej nie dysponowały danymi wystarczającymi dla jego ustalenia. W tym świetle, oraz z punktu widzenia innych niewystarczająco jednoznacznych wyników badań, Raport faktycznie nie wykazał argumentów pozwalających na opowiedzenie się w nim za którymkolwiek z czterech wariantów dalszego odniesienia się do regulacji. Komisja Europejska zadeklarowała, że w oparciu o Raport oraz następnie przeprowadzone konsultacje społeczne do końca 2006 roku zadecyduje, czy rewizja Dyrektywy jest konieczna. Opowiedziała się ostatecznie za utrzymaniem dotychczasowej regulacji bez zmian, nie wskazując jednocześnie na konkretne przesłanki empiryczne pozwalające w zestawieniu uznać oddziaływanie nowej regulacji na przełomie ostatniej dekady za pożądane.

---

<sup>41</sup> <http://www.managingip.com/Article/1326972/Danish-judgment-threatens-internet-linking.html>

<sup>42</sup> Bundesgerichtshof, Paperboy Urteil vom 17.07.2003, I ZR 259/00, JurPC Web-Dok. 274/2003, Abs. 1-57.

Pomimo tego nie wydaje się jednakże, że specyfika regulacji prawa *sui generis* do baz danych jest dobrana właściwie w relacji do obszarów wzrostu, jakie ma stymulować. Samo wyłączenie spod ochrony nieoryginalnych baz danych jednego źródła może być oceniane krytycznie ze względu na ochronną funkcję, jaką pełni w odniesieniu do ich użytkowników prawo konkurencji, które powinno zapobiegać nadużywaniu przewagi rynkowej przez producentów takich baz w przypadku objęcia ich ochroną. Kategorycznie niewłaściwe wydaje się wynikające z drogi wykładni definicji istotnej inwestycji w Dyrektywie, za jaką opowiedział się ETS, wykluczenie spod ochrony prawnej tych nieoryginalnych baz danych jednego źródła, których stworzenie było głównym i docelowym przedmiotem działalności, a tym samym nakładów inwestycyjnych producenta. Z tego punktu widzenia bardziej adekwatne wydają się rozwiązania funkcjonującej w niektórych krajach przed implementacją Dyrektywy teorii produktu ubocznego. Zakres ochrony inwestorów na mocy prawa *sui generis* wymaga wobec tego rozszerzenia.

Wskazane będzie ponadto doprecyzowanie przesłanek ochrony prawem *sui generis*, w szczególności pojęcia istotnej inwestycji. Weryfikacji wymagają także inne szczegółowe kwestie na tle regulacji prezentowanej w Dyrektywie, takie jak okres ochrony prawem *sui generis*. Oczekiwanie na ich dokładnie określenie przez orzecznictwo może, ze względu na bardzo długą perspektywę czasową, spowodować utrzymującą się niepewność obrotu na rynku baz danych Unii Europejskiej, która hamować będzie jego potencjał wzrostowy. Pozostaje jednakże możliwość wskazania znaczenia pojęć niejasnych poprzez uchwalenie odpowiednich wytycznych przez organy Unii Europejskiej bądź zmianę Dyrektywy obejmującą dodanie odpowiednich artykułów. Opracowanie aktu „prawa miękkiego” mogłoby okazać o tyle niewłaściwym rozwiązaniem, o ile zwracałoby się on przeciwko nadrzędnym kompetencjom orzeczniczym ETS, w sytuacjach, gdy akt wychodziłby ponad ustalone interpretacje. Dorobek orzecznictwa sądów Unii Europejskiej w materii ochrony baz danych jest jednak stosunkowo ubogi, co stwarza zdecydowanie zbyt wąskie pole odniesienia dla opracowania w oparciu o nie wyczerpujących wytycznych. Wytyczne wiążące jedynie organy, które je uchwałyły, mogą jednak stanowić bodziec do zaaprobowania ustalonej w nich linii interpretacji przez ETS w przyszłych orzeczeniach, a tym samym ustalenia pewnego i pełniejszego porządku ochrony baz danych w Unii Europejskiej. Do czasu potwierdzenia wskazań wytycznych przez ETS przedsiębiorcy nie mogliby jednakże w pełni zaufać postulatowi prawa miękkiego, co stanowi również niewątpliwie negatywny czynnik dla stymulacji wzrostu innowacji i produkcji. Wariant rewizji samej Dyrektywy stanowić będzie bardziej jednoznaczne i nierodzące początkowego problemu naruszenia zasady pewności prawa rozwiązanie. Oba przedsięwzięcia prawodawcze wymagają jednakże ustalenia jasnych i adekwatnych zasad ochrony baz danych, jakie będą mogły być egzekwowane w państwach członkowskich Unii Europejskiej i efektywnie przyczyniać się do pobudzenia produkcji na tym rynku relevantnym.

## Konstytucyjny model ochrony zdrowia

Prawo do ochrony zdrowia jest prawem socjalnym, należącym do II generacji praw, które zaczęły się kształtować po II wojnie światowej. Prawa socjalne zapewniają równy dostęp do środków utrzymania i zaspokojenia podstawowych potrzeb materialnych. Prawo do ochrony zdrowia znalazło szerokie uznanie w aktach normatywnych o międzynarodowym charakterze, takich jak: Powszechna Deklaracja Praw Człowieka, Europejska Konwencja Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, Europejska Karta Społeczna czy Europejska Konwencja Biomedyczna. Pierwszym polskim aktem, w którym podjęto próbę zdefiniowania bieżących problemów organizacji służby zdrowia, była ustawa sejmowa o szpitalach z 1775 r., zwana potocznie Konstytucją Szpitalną. Jednakże po raz pierwszy regulacja prawa do ochrony zdrowia pojawiła się w Konstytucji z 1952 r., gdzie w art. 60 zadeklarowano prawo do ochrony zdrowia w razie choroby lub niezdolności do pracy, przysługujące obywatelom Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej<sup>2</sup>. Na gruncie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. prawo do ochrony zdrowia zostało zadeklarowane w art. 68, zlokalizowanym w dziale poświęconym wolnościom i prawom ekonomicznym, socjalnym i kulturalnym. Omawiany przepis konstytucyjny składa się z 5 ustępów, co do których zachodzą wątpliwości, czy stanowią jedną jednostkę redakcyjną, czy też któryś z nich może być wykładany osobno jako samodzielny przepis<sup>3</sup>.

-----  
<sup>1\*</sup> Autor jest studentem V roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

<sup>2</sup> A. Ostrzyżek, *Prawo do ochrony zdrowia w świetle art. 68 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, „Prawo i Medycyna” 2005/4, s. 66.

<sup>3</sup> M. Chmaj, *Wolności i prawa człowieka w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2008, s. 172.

Zgodnie z postanowieniami ustępu 1, katalog, do których jest zaadresowany ten przepis, jest nieograniczony. Prawo do ochrony zdrowia przysługuje zarówno obywatelom Rzeczypospolitej Polskiej, jak i cudzoziemcom i apatrydom. Nie sposób wyklądać tego przepisu bez odniesienia do konstytucyjnej wartości, zawartej w art. 30 Konstytucji RP<sup>4</sup>, czyli godności ludzkiej, stanowiącej źródło wszelkich wolności i praw człowieka. Na gruncie obowiązującej Konstytucji spotykamy się z teorią godności osobowej jako wartości wrodzonej i trwałej, właściwej każdemu człowiekowi cechy aksjomatycznej, przysługującej z samego faktu bycia człowiekiem. Tak rozumiana godność ludzka jest nienaruszalna i niezbywalna, co rodzi po stronie władzy publicznej obowiązek jej ochrony. Z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego wynika, że konsekwencją art. 30 jest art. 38 Konstytucji RP, zgodnie z którym: „Rzeczpospolita Polska zapewnia każdemu człowiekowi prawną ochronę życia”. Nie można mówić o ochronie godności człowieka, jeżeli nie zostały stworzone wystarczające podstawy do ochrony życia. Nie ulega wątpliwości, że z art. 30 i 38 Konstytucji RP wyjątkowo mocno, wręcz nierozzerwalnie, związany jest art. 68 Konstytucji RP. Ochrona zdrowia jest ściśle związana z ochroną życia, a prawo do życia z godnością człowieka<sup>5</sup>. Skoro prawo do ochrony zdrowia jest emanacją prawa do ochrony życia, mającego charakter pierwotny wobec państwa, funkcjonującego niezależnie od woli ustawodawcy, a prawo do życia wynika bezpośrednio z godności ludzkiej, stwierdzić należy, że samo prawo do ochrony zdrowia również ma charakter prawa przyrodzonego. Ustęp 1 omawianego przepisu spełnia przesłanki uznania go za prawo podmiotowe jednostki, bowiem wskazuje podmiot uprawniony, podmiot zobowiązany, treść należnego do spełnienia obowiązku oraz środek prawny na wypadek naruszenia danego obowiązku<sup>6</sup>. Z drugiej strony pewne wątpliwości rodzi tytuł rozdziału, w którym umieszczono art. 68. Nie bez racji jest pogląd, iż w ujęciu prawa podmiotowego wywodzonego z prawa do ochrony życia, prawo do ochrony zdrowia powinno również mieć charakter prawa osobistego, natomiast jego skatalogowanie jako prawo socjalne może nasuwać pewne wątpliwości co do jego charakteru.

Trybunał Konstytucyjny wskazał, że komentowany ustęp realizuje dwuwarstwową teorię wolności i praw, bowiem zawiera także normę programową skierowaną do władz publicznych w postaci określenia celu, do którego władza ma dążyć. W związku z powyższym rozstrzygnięto, że z przepisu art. 68 ust. 1 Konstytucji należy wywieść podmiotowe prawo jednostki do ochrony zdrowia oraz obiektywny nakaz podejmowania przez władze publiczne takich działań, które są konieczne dla należytej ochrony i realizacji tego prawa<sup>7</sup>. Trybunał Konstytucyjny zwrócił uwagę, że:

---

<sup>4</sup> „Przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela. Jest ona nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych”.

<sup>5</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 stycznia 2004 r., sygn. K 14/03.

<sup>6</sup> P. Sarnecki, *Prawo konstytucyjne RP*, Warszawa 2005, s. 88.

<sup>7</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 23 marca 1999 r., sygn. K 2/98.

treścią prawa do ochrony zdrowia nie jest abstrakcyjnie określony i w gruncie rzeczy niezdefiniowany stan zdrowia poszczególnych jednostek, ale możliwość korzystania z systemu jego ochrony, funkcjonalnie ukierunkowanego na zwalczanie i zapobieganie chorobom, urazom i niepełnosprawności<sup>8</sup>.

Powinność władz publicznych skonstruowania systemu ochrony zdrowia nie przesądza jeszcze jego kształtu, co oznacza, że nie można go wywodzić z ustępu 1. To, jak ma wyglądać system ochrony zdrowia, wskazuje dopiero ustęp 2 art. 68, nakładając na władze publiczne obowiązek określenia zasad realizowania prawa do ochrony zdrowia.

Funkcją ust. 2 jest sprecyzowanie, dookreślenie treści prawa do ochrony zdrowia. Wiąże się z tym konieczność regulacji kwestii szczegółowych, co ma dać gwarancję jego realizacji. Ustęp 2 komentowanego przepisu jest zaadresowany do władz publicznych. Wymaga powtórzenia, że regulacja ta nakłada na ustawodawcę obowiązek skonstruowania systemu opieki zdrowotnej z jednoczesnym wskazaniem, że warunki i zakres udzielania świadczeń określi ustawa. Ustawodawca może swobodnie określić warunki i zakres świadczeń finansowanych ze środków publicznych, nie może jednak w ogóle zrezygnować z finansowania ich z tych źródeł<sup>9</sup>. Formą własnościową, w jakiej funkcjonują placówki służby zdrowia, nie musi być własność publiczna, jednak kluczowym jest, aby koszty usług medycznych w tych placówkach wykazywane były ze źródeł publicznych. Dotyczy to także przypadków, w których koszty usług medycznych świadczonych danym osobom przez placówki prywatne, pokrywane będą ze środków publicznych<sup>10</sup>. Zatem Konstytucja RP nie przesądza, jaki model normatywny ma zostać przyjęty, jednakże wskazuje, jakie cechy powinien posiadać i na jakich fundamentach powinien zostać oparty. Skonstruowane mechanizmy muszą pozwalać na skuteczne gromadzenie i racjonalne wydatkowanie środków publicznych w zakresie systemu opieki zdrowotnej. Dostępność świadczeń zdrowotnych musi być rzeczywista, a nie iluzoryczna.

W przeciwieństwie do ustępu 1, ustęp 2 art. 68 Konstytucji RP ogranicza katalog podmiotów, które na określonych zasadach posiadają prawo korzystania ze świadczeń opieki zdrowotnej. Katalog ten stanowią obywatele Rzeczypospolitej Polskiej, którzy posiadają równy dostęp, niezależny od ich sytuacji materialnej. W tym miejscu należy zaznaczyć, że system opieki zdrowotnej został skonstruowany w oparciu o zasadę solidaryzmu społecznego. Na gruncie tej reguły nie ma znaczenia, w jakim stopniu i jakim czasie dany podmiot przyczynił się do budowania publicznych zasobów pieniężnych, co wyklucza jakiekolwiek dyskryminowanie jednostek, które uprzednio nie partycypowały w ich tworzeniu. Zasada solidaryzmu społecznego została wyrażona w preambule do Konstytucji RP<sup>11</sup>. Choć uroczysty wstęp do

---

<sup>8</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 stycznia 2004 r., sygn. K 14/03.

<sup>9</sup> A. Zoll, *Problemy służby zdrowia w świetle doświadczeń Rzecznika Praw Obywatelskich*, „Prawo i Medycyna” 2000/8, s. 9.

<sup>10</sup> P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2008, s. 164.

<sup>11</sup> „Wszystkich, którzy dla dobra Trzeciej Rzeczypospolitej tę Konstytucję będą stosowali, wzywamy, aby czynili



Konstytucji RP nie posiada statusu przepisu prawnego *sensu stricto*, to nic nie stoi na przeszkodzie, aby wspomagać się jego treścią podczas interpretacji przepisów konstytucyjnych, gdyż stanowi on klamrę spinającą cały system prawny, świadectwo umowy społecznej, w której suweren wysławia to, co legło u podstaw Konstytucji RP. Preambuła jest miejscem, gdzie założenia aksjologiczne przybierają postać zasad prawa<sup>12</sup>. Dlatego też równość w dostępie do świadczeń zdrowotnych należy wyklądać poprzez wzgląd na jednostki słabsze, przyczyniając się do wzmacniania jedności społeczeństwa. Wymaga podkreślenia, że sformułowanie „równy dostęp” nie przesądza w żaden sposób jego nieograniczoności. Równy dostęp ma być zapewniony wszystkim obywatelom w zakresie świadczeń finansowanych ze środków publicznych, których zakres zgodnie z delegacją konstytucyjną określa ustawa. Właśnie w akcie rangi ustawowej ma zostać sprecyzowany katalog świadczeń finansowanych z budżetu państwa. W tym miejscu pojawia się problem związany z częściową refundacją świadczeń zdrowotnych, polegającą na współfinansowaniu danego świadczenia przez budżet państwa i przez obywatela. Dopłacanie przez pacjentów do świadczeń z własnej kieszeni może w znaczący sposób zmniejszyć nadkonsumpcję świadczeń i wynikające stąd limitowanie przyjęć oraz czas oczekiwania na porady i zabiegi. Pośrednio może wpłynąć także na zmniejszenie korupcji<sup>13</sup>. Z drugiej strony współfinansowanie może okazać się sprzeczne z Konstytucją RP jako naruszające zasadę równości i art. 68, ponieważ niektórych obywateli może zwyczajnie nie stać na sfinansowanie przypadającej na nich części.

Kolejną cechą, jaką powinien charakteryzować się system ochrony zdrowia, jest jego optymalna efektywność. W odniesieniu do tego wymogu rysuje się kolejny istotny problem w postaci doboru odpowiednich świadczeń. Świadczenia zdrowotne były, są i zapewne będą dobrem deficytowym. Niezwykle trudnym jest stworzenie swoistego klucza, w oparciu o który ma nastąpić ich dystrybucja. Oczekuje się maksymalnego zracjonalizowania przeznaczenia płynących z budżetu środków, jednak nie zawsze jest to do pogodzenia z aktualnymi potrzebami. Przy tworzeniu gwarantowanego koszyka świadczeń zdrowotnych dochodzi zawsze do ważenia dóbr i analizy argumentów, jakie stoją za finansowaniem leczenia konkretnych dolegliwości.

Zgodnie z zasadami funkcjonowania systemu ochrony zdrowia oraz postanowieniami Konstytucji RP, standard świadczeń udzielanych w ramach systemu powinien być jednakowy dla wszystkich obywateli, co wobec problemów ekonomicznych pewnych obszarów, wynikających jeszcze z uwarunkowań historycznych, sprawia, że w praktyce standard udzielanych świadczeń

---

to, dbając o zachowanie przyrodzonej godności człowieka, jego prawa do wolności i obowiązku solidarności z innymi, a poszanowanie tych zasad mieli za niewzruszoną podstawę Rzeczypospolitej Polskiej”.

<sup>12</sup> M. Krzemiński, *Charakter normatywny wstępu do Konstytucji RP*, „Studenckie Zeszyty Prawnicze TBSP UJ”, Zeszyt 4, Kraków 2000, s. 20.

<sup>13</sup> A. Turek, *Wybrane problemy realizacji konstytucyjnego prawa do ochrony zdrowia*, „Prawo i Medycyna” 2006/1, s. 101.

jest zróżnicowany<sup>14</sup>. Różnice te przejawiają się m.in. w postaci braku odpowiednich warunków lokalowych, braku sprzętu specjalistycznego czy odpowiedniej liczby personelu medycznego.

Konstytucja RP w ust. 3, 4 i 5 wyraża normy programowe. Tym samym wyznacza pewne określone cele, do których władza publiczna ma dążyć. Omawiane ustępy stanowią doprecyzowanie ogólnej reguły. Wydaje się, że wobec takiego skonstruowania przepisu, można dopuścić autonomiczną wykładnię ust. 1 art. 68 jako wyrażającego prawo podmiotowe.

Podsumowując powyższe zagadnienia, należy podkreślić, że art. 68 został umieszczony w rozdziale „Wolności i prawa ekonomiczne, socjalne i kulturalne”, co przesądza, że zadeklarowane w nim prawo do ochrony zdrowia jest prawem socjalnym. Jednocześnie prawo do ochrony zdrowia jest prawem przyrodzonym, wynikającym z prawa do ochrony życia, będącego emanacją godności ludzkiej. Komentowany artykuł wyraża prawo pozytywne, które nakazuje władzy publicznej podejmowanie działań na rzecz jednostki, będących w sposób oczywisty uzależnionych od stanu finansów państwa i inicjatyw politycznych. Należy także dodać, że Konstytucja RP nie przesądza charakteru rozwojowego tego prawa, a co za tym idzie, nie nakłada obowiązku na władze publiczne poszerzania tej ochrony. Wreszcie konstytucyjna regulacja art. 68 nie daje wystarczającej podstawy do żądania przez obywateli sfinansowania przez państwo konkretnego świadczenia zdrowotnego, które nie jest ujęte w koszyku świadczeń gwarantowanych. Należy mieć na uwadze, że konstrukcja koszyka świadczeń gwarantowanych jest uwarunkowana konstytucyjnymi oraz ustawowymi kryteriami, których zachowanie jest dla władz bezwzględnie wiążące.

---

<sup>14</sup> *Ibidem*, s. 92.

## **Glosa aprobująca do wyroku NSA dotyczącego kwestii wyłączenia piastuna funkcji ministra na podstawie art. 24 § 1 pkt 5 k.p.a w postępowaniu wszczętym na skutek wniesienia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy**

### 1. Wprowadzenie

#### **Teza uchwały:**

Art. 24 § 1 pkt 5 k.p.a. nie ma zastosowania do osoby piastującej funkcję Głównego Geodety Kraju jako ministra w rozumieniu art. 5 § 2 pkt 4 k.p.a. w postępowaniu, o jakim mowa w art. 127 § 3 k.p.a.

Głosowany wyrok z dnia 20 maja 2010 r. (I OPS 13/09), który zapadł w składzie siedmiu sędziów, dotyczy dopuszczalności wyłączenia piastuna funkcji ministra na podstawie art. 24 § 1 pkt 5 k.p.a w postępowaniu wszczętym na skutek wniesienia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy. Jednak przed przystąpieniem do analizy rzeczowej uchwały należy zaakcentować kilka istotnych kwestii.

-----  
<sup>1\*</sup> Doktorantka na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

Z dniem 11 kwietnia 2011 r. weszła w życie nowelizacja ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego<sup>2</sup>. Wprowadzone zmiany dotyczą istotnych kwestii w zakresie procedury, w szczególności w zakresie praw strony w postępowaniu administracyjnym. Obok jednej z ważniejszych zmian, jaką jest przyznanie stronom możliwości skargi przewlekłości prowadzonego przez organ postępowania (art. 37 k.p.a.), należy wskazać na nowelizację art. 24 k.p.a. Nowelizacja jest konsekwencją wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 grudnia 2008 r.<sup>3</sup>, w którym Trybunał Konstytucyjny wskazał na niezgodność art. 24 § 1 pkt 5 w związku z art. 27 § 1 i art. 127 § 3 k.p.a. z art. 2 w związku z art. 78 Konstytucji RP, w zakresie, w jakim nie wyłączał członka SKO z postępowania z wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, gdy członek ten brał udział w wydaniu zaskarżonej decyzji. Celem nowelizacji jest wyłączenie z postępowania pracowników, którzy brali udział w wydaniu zaskarżonej decyzji, zarówno pracowników organu I instancji, jak również pracowników ministerstw i urzędów centralnych, którzy przygotowują i podpisują decyzje ministrów i kierowników urzędów centralnych wydawanych na skutek rozpatrzenia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy. Z kolei nowelizacja art. 16 k.p.a. rozstrzyga wątpliwości w zakresie decyzji wydawanych przez ministrów i samorządowe kolegia odwoławcze. Zgodnie z dotychczasowym brzmieniem k.p.a., decyzje te jako decyzje, od których nie służyło odwołanie, były ostateczne. Jednocześnie zgodnie z art. 127 § 3 k.p.a. od decyzji tych służył wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy, do którego stosuje się odpowiednio przepisy o odwołaniu. W praktyce powodowało to szereg wątpliwości co do skutków prawnych, jakie wywiera decyzja jednego z ww. organów, w stosunku do której w terminie został złożony wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy.

W ramach poruszonej problematyki na uwagę zasługuje jednak wyrok NSA z dnia 20 maja 2010 r., który zapadł jeszcze na tle poprzednio obowiązującego stanu prawnego. Poddany analizie wyrok NSA dotyczy interesującego zagadnienia, a mianowicie dopuszczalności wyłączenia piastuna funkcji ministra na podstawie art. 24 § 1 pkt 5 k.p.a. (jeszcze w brzmieniu sprzed nowelizacji, która weszła w życie z dniem 11 kwietnia 2011 r. w postępowaniu wszczętym na skutek wniesienia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy.

Na wstępie należy zauważyć, że w kontekście wprowadzonej nowelizacji rozważania mają charakter historyczny. Wydaje się jednak, iż zasługują na prezentację, gdyż kwestia dopuszczalności wyłączenia piastuna funkcji ministra na podstawie art. 24 § 1 pkt 5 k.p.a. od wielu lat należy do bardzo spornych w doktrynie i orzecznictwie.

Trzeba także zauważyć, że poruszona problematyka szczególnie zyskuje na znaczeniu, gdyż w krajach europejskich, i nie tylko, wzrasta znaczenie środków charakterystycznych dla jednostopniowego układu organizacyjnego, co współgra z tendencjami w sferze przekształceń

---

<sup>2</sup> Dz.U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071, z późn. zm., (dalej: k.p.a.).

<sup>3</sup> Wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 grudnia 2008 r., (P 57/07).

organizacyjnych administracji publicznej. Przedmiotowa uchwała wydana w składzie siedmiu sędziów niewątpliwie zasługuje na bliższą analizę.

## 2. Stan faktyczny

Przedstawione składowi siedmiu sędziów NSA zagadnienie prawne: „Czy art. 24 § 1 pkt 5 k.p.a. ma zastosowanie do osoby piastującej funkcje ministra w postępowaniu, o jakim mowa w art. 127 § 3 tego kodeksu?” powstało na tle następującego stanu faktycznego:

Główny Geodeta Kraju W.P. wydał decyzję w przedmiocie udzielenia upomnienia uprawnionemu geodecie w październiku 2006 r., jak i kolejną decyzję w lipcu 2007 r. na skutek złożenia przez skarżącego wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, na podstawie art. 127 § 3 k.p.a. Decyzja Głównego Geodety Kraju W.P. z lipca 2007 r. została następnie zaskarżona do sądu administracyjnego. Zagadnienie prawne wyłoniło się natomiast w toku rozpoznawania skargi kasacyjnej wniesionej od wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 11 marca 2008 r., w którym uchylono decyzję Głównego Geodety Kraju z lipca 2007 r. Sąd I instancji uznał, że wydanie zaskarżonej decyzji przez tę samą osobę, która brała udział w wydaniu wcześniejszej decyzji, stanowi istotne naruszenie przepisu art. 24 § 1 pkt 5 k.p.a.

## 3. Charakter prawny wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy

Od dnia wprowadzenia do k.p.a. w 1980 r. przepisów art. 127 § 3 regulujących wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy ani w doktrynie, ani w orzecznictwie nie udało się dojść do porozumienia co do charakteru prawnego tej instytucji. Pojawiły się liczne głosy za tym, by uznać go za środek nadzwyczajny, zwyczajny środek odwoławczy bądź remonstrację.

Choć ustawodawca nie uregulował tego *expressis verbis*, przekonujący wydaje się pogląd postawiony przez B. Adamiak w głosie do uchwały SN z 13.2.1996 r., (III AZP 23/95) stanowiący, że wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy jest nadzwyczajnym środkiem zaskarżenia o swoistej konstrukcji. Niezaprzeczalnie decyzje naczelnych (centralnych) organów administracji państwowej z formalnoprawnego punktu widzenia posiadają przymiot ostateczności<sup>4</sup>. Wynika to z faktu, że nie służy od nich odwołanie w administracyjnym toku instancji (*argumentum a contrario* – art. 16 § 1 kpa)<sup>5</sup>, gdyż nie istnieje organ wyższego stopnia w stosunku

---

<sup>4</sup> Zob. W uzasadnieniu do wyroku NSA z 24.5.1983 r. (I SA 1714/82) stwierdza, że „Fakt, że decyzję w tej sprawie mógł wydać tylko naczelny organ administracji państwowej, oznacza, że jest to decyzja ostateczna, od której nie służy odwołanie, co jednak nie wyłącza możliwości jej weryfikacji przez ten organ w wyniku wniosku stron o ponowne rozpatrzenie sprawy”, podobnie uzasadnienie – wyrok WSA w Warszawie z 24.4.2007 r. (VI SA/Wa 126/07).

<sup>5</sup> Zob. Uzasadnienie wyroku WSA w Warszawie z 24.4.2007 r. (VI SA/Wa 126/07).

do organu podejmującego rozstrzygnięcia w pierwszej instancji bądź taką sytuację powoduje konieczność nienaruszalności kompetencji organów wydających decyzję i zapewnienie im ich samodzielności. Fakt, że

od decyzji tych służy wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy, do którego stosuje się odpowiednio przepisy o odwołaniu, nie może stanowić podstawy do nadania tym decyzjom charakteru decyzji nieostatecznych<sup>6</sup>.

Już samo określenie, że do „wniosku tego stosuje się odpowiednio<sup>7</sup> przepisy dotyczące odwołań od decyzji” przemawia na rzecz tego, że jest to instytucja odmienna i wyjątkowa<sup>8</sup>.

Kolejnym argumentem przemawiającym za uznaniem wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy za środek nadzwyczajny jest fakt, że nie uruchamia on toku instancji administracyjnych rozumianego jako przejście kompetencji do rozpoznania i rozstrzygnięcia sprawy administracyjnej z jednej instancji do drugiej<sup>9</sup>. Wypada zgodzić się z poglądem zawartym w tezie orzeczenia NSA z 24.4.2007 r. (II GSK 381/06)

słowo w postępowaniu z wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy (art.127 § 3) wydaje ten sam naczelny organ administracji państwowej, to nie można mówić o „wyższej” i „niższej” instancji i tym samym nie może mieć zastosowania przepis art. 24 § 1 pkt 5, obligujący do wyłączenia od udziału w postępowaniu pracownika organu administracji publicznej, który brał udział w niższej instancji w wydaniu zaskarżonej decyzji.

W uzasadnieniu NSA wskazuje, że wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy stanowi wyjątek od zasady dwuinstancyjności<sup>10</sup>. Taki pogląd zasługuje na aprobatę, gdyż istotną cechą wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy jest niedewolutywność polegająca na braku przesunięcia kompetencji do rozpoznania sprawy na organ wyższego stopnia. Niezadowolona strona z rozstrzygnięcia ministra lub SKO, nad którym z uwagi na strukturalne ograniczenia administracji

---

<sup>6</sup> B. Adamiak, *Glosa do uchwały SN z dnia 13 lutego 1996 r.*, III AZP 23/95, OSP 1996, nr 12, poz. 219.

<sup>7</sup> Zdaniem NSA w wyroku z 3.7.2007 r. (II OSK 983/06): „w żadnym razie nie można przyjąć, że przepis ten stosuje się wprost do odwołań”.

<sup>8</sup> Przeciwnie zdanie Z. Kmiecik ZNSA 2008/2/9, też J. Zimmermann, *Glosa do wyroku NSA z 15.6.1993 r.*, IV SA 1639/92 5034/1 (OSP 1995/4/88).

<sup>9</sup> J. Młyńska, *Glosa do uchwały NSA z 9.12.1996 r.*, OPS 4/96. Teza nr 2 22098/2, podobnie W. Chróścielewski, *Glosa do uchwały NSA z 22.2.2007 r.* (sygn. Akt II GPS 2/06) [w:] „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2007/3, s.139.

<sup>10</sup> Dość odosobniona jest koncepcja J. Zimmermanna, który twierdzi, że wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy jest „równoważnikiem odwołania”, różniącym się od niego wyłącznie brakiem cech dewolutywności”. Zdaniem autora uruchamia on „spłaszczony tok instancji”, wydana decyzja natomiast ma znamiona nieostateczności i nie wyczerpuje toku instancji.



publicznej nie występują organy wyższego rzędu, może zainicjować przed tym samym organem drugie postępowanie w tej samej sprawie<sup>11</sup>.

Katalog przesłanek zawarty w art. 24 § 1 ma charakter zamknięty i podlega interpretacji zwężającej, zgodnie z zasadą, że wyjątków od zasady nie można interpretować rozszerzająco. Idąc tym tokiem rozumowania, skoro w postępowaniu przed ministrem nie ma niższej i wyższej instancji<sup>12</sup>, to płynie stąd wniosek, że należy wykluczyć możliwość odpowiedniego stosowania art. 24 § 3 pkt 5 k.p.a., który w swej treści nawiązuje do brania udziału w „niższej instancji” w wydaniu skarżonej decyzji<sup>13</sup>.

#### 4. Skutki wyłączenia ministra

Kolejną newralgiczną kwestią, którą należy podnieść, są skutki, jakie niesie z sobą wyłączenie piastuna funkcji organu administracji. Należy na wstępie podkreślić, że na zdolność prawną organu administracji publicznej do rozpatrzenia sprawy indywidualnej w drodze decyzji administracyjnej ma wpływ nie tylko właściwość, ale i instytucja wyłączenia. Należy zgodzić się, że wyłączenie osoby pełniącej funkcję ministra na podstawie art. 24 § 1 pkt 5 k.p.a. pociąga za sobą wyłączenie całego organu i utratę kompetencji<sup>14</sup>. Stanowisko to potwierdza teza postawiona w uchwale NSA z 19.5.2003 r. „wyłączenie pracownika pełniącego funkcję organu administracji publicznej jest równoznaczne z wyłączeniem organu i utratą zdolności wszystkich jego pracowników do załatwienia danej sprawy”<sup>15</sup>.

Natomiast jednym rozwiązaniem w przypadku wyłączenia pracownika pełniącego funkcję organu administracji publicznej, a w konsekwencji organu jest ustalenie organu właściwego do załatwienia sprawy w oparciu o przepis art. 26 § 2 k.p.a. Jednak przesuwanie kompetencji nie wydaje się być rozwiązaniem słusznym z punktu widzenia rozwiązań ustrojowych, wydaje się również, że nie to było celem ustawodawcy, który wprowadził instytucję wyłączenia.

Przyjęcie powyższej koncepcji wyklucza rozwiązanie zaproponowane przez M. Jańskowską w zdaniu odrębnym do głosowanego wyroku. Podnosi ona, że art. 268a k.p.a. stwarza wyłączone ministrowi możliwość upoważnienia pracowników kierowanej jednostki organizacyjnej do załatwienia sprawy w jego imieniu<sup>16</sup>. Upoważnienie nie może mieć jednak miejsca w sytuacji,

---

<sup>11</sup> Zob. uzasadnienie to wyroku NSA z 24.4.2007 r. (II GSK 381/06).

<sup>12</sup> Użyte w art. 24 § 1 pkt 5 k.p.a. pojęcie „niższej instancji” nie oznacza tej samej instancji, o której mowa w przepisach art. 127 § 3 k.p.a. i art. 17 k.p.a.

<sup>13</sup> Taki pogląd wyrażono w wyrokach NSA z 15.4.1999 r. (II SA 291/99), z dnia 10.6.1999 r., (II SA 655/99), z dnia 23.6.1999 r. (IV SA 1037/97), z 22.11.1999 r. (II SA 699/99), z 27.10.2004 r. (I SA 666/03).

<sup>14</sup> Zdanie przeciwne prezentuje W. Chróścielewski w *Głosie do uchwały NSA z 22.2.2007 r.* (sygn. Akt II GPS 2/06) [w:] „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2007/3, s.139.

<sup>15</sup> Zob. Uchwała NSA z 19.5.2003 r., (OPS 1/03).

<sup>16</sup> Podobnie W. Chróścielewski, *Glosa do uchwały składu siedmiu sędziów Naczelnego SA z 22.2.2007 r.* (sygn. Akt II GPS 2/06) [w:] „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego 2007/3, s.139.

kiedy cały organ przestaje być właściwy do rozpatrzenia danej sprawy administracyjnej w wyniku utraty kompetencji na skutek wyłączenia piastuna funkcji administracji publicznej.

## 5. Budowa systemu organów administracji publicznej

Kolejny istotny argument na rzecz niewyłączania na podstawie art. 24 § 1 pkt 5 k.p.a. osoby piastującej funkcję ministra w postępowaniu, o jakim mowa w art. 127 § 3 k.p.a., można wywieść, analizując specyficzną budowę systemu organów administracji publicznej, a ściślej organów monokratycznych.

Należy opowiedzieć się za dominującym poglądem zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie, że nie będzie możliwe zastosowanie przesłanki wyłączenia pracownika z art. 24 § 1 pkt 5 w zw. z art. 27 § 1 zd.1 k.p.a. w stosunku do organów administracji posiadających status ministra, które mają charakter kolegialny i podejmują swoje rozstrzygnięcia w postępowaniu administracyjnym *in pleno*, np. Centralna Komisja do Spraw Stopni i Tytułów<sup>17</sup>. Jak zasadnie wskazuje W. Chróścielewski, wyłączenie z postępowania całego organu spowodowałoby w praktyce paraliż. Biorąc pod uwagę powyższe wnioski, należy stwierdzić, że wyłączenie piastuna funkcji organu monokratycznego, a tym samym całego organu administracji publicznej nastrocza podobne kłopoty, albowiem niedopuszczalne jest przesuwania kompetencji pomiędzy organami z różnych układów ustrojowych. Ciężko jest sobie wyobrazić, że wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy od decyzji Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego rozstrzyga Prezes Urzędu Lotnictwa Cywilnego.

Zestawiając powyższe wnioski z sytuacją wyłączenia członka składu kolegialnego SKO, należy zauważyć, że nie istnieją przeszkody natury organizacyjnej ani żadne inne okoliczności, by w postępowaniu z wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy zostali wyznaczeni członkowie, którzy nie znajdowali się w składzie orzekającym wydającym pierwszą decyzję. Zmiana składu osobowego poprzez wyłączenie jednego bądź kilku członków z trzyosobowego składu orzekającego nie powoduje utraty kompetencji przez SKO. Organy monokratyczne z istoty rzeczny nie mogą zmienić składu orzekającego.

Nie sposób również pominąć regulacji zawartej w art. 27 § 1a k.p.a. normującej w sposób wyraźny kwestię wyłączenia członka SKO. Nie znajdziemy jednak paralelnego unormowania odnoszącego się do wyłączenia ministra.

---

<sup>17</sup> Wyr. NSA z 5.5.2009 r., (I OSK 531/08).

## 6. Rozważania *de lege ferenda* i podsumowanie

Mając na względzie dążenie do zachowania wewnętrznych gwarancji obiektywizmu wymaganego przy ponownym rozpatrywaniu sprawy przez ministra, warto rozważyć możliwość wprowadzenia regulacji sprzyjającej osiągnięciu takiego stanu rzeczy. Byłoby to stworzenie przez ustawodawcę specjalnego organu odwoławczego, np. w formie komisji lub kolegium odwoławczego działającego przy organie, którego decyzje będą rozpatrywane w wyniku złożenia środka zaskarżenia<sup>18</sup>. Organ taki może składać się z pracowników danego urzędu lub z osób niepodporządkowanych służbowo ani osobowo, osób niezależnych zajmujących się np. wyłącznie jurysdykcją<sup>19</sup>.

Konkludując, uważam, że głosowany wyrok zasługuje na aprobatę. Podjęte przez NSA rozstrzygnięcie nie tylko znajduje uzasadnienie w treści przepisów (*de lege lata*)<sup>20</sup>, ale również wynika z budowy struktury organów administracji państwowej, jest zgodne z istotą organów monokratycznych, do których należy minister oraz z charakterem wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy.

---

<sup>18</sup> M. Szubiakowski, *Wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy przez organ naczelny (art.127§3 kpa) a inne środki prawne zmierzające do wzruszenia jego decyzji*, „Przegląd Sądowy” 1/1995, s.78-79.

<sup>19</sup> Podobna konstrukcja występuje w Australii, zob. Z. Kmiecik, *Kontrola decyzji administracyjnych w Australii*, „Samorząd Terytorialny” nr 3/2003, s. 53 i n.

<sup>20</sup> Chodzi o stan prawny sprzed nowelizacji, która weszła w życie 11 kwietnia 2011 r.

## Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2011 roku, IV KK 356/10<sup>2</sup>

### 1. Wstęp

*1. Zakres obowiązków ciążących na gwarancie (art. 160 § 2 k.k.) musi być definiowany w odniesieniu do tego momentu czasowego, w którym on działa, w oparciu o wtedy dostępne mu informacje o okolicznościach stanu faktycznego. W odniesieniu do tego momentu formułowane powinny być wnioski co do zakresu realizacji tychże obowiązków i niebezpieczeństw, które wynikać mogą z ich zaniechania<sup>3</sup>.*

*2. Nie było możliwe przypisanie oskarżonym popełnienia przestępstwa z art. 160 § 1 k.k., jako że przestępstwo to może zostać popełnione wyłącznie przez działanie, a tymczasem oskarżonym zarzucano bezczynność prowadzącą do nieszczęśliwego wypadku<sup>4</sup>.*

Decyzja Sądu Najwyższego, który oddalił kasację oskarżycieli posiłkowych jako oczywiście bezzasadną, dzieląc zapatrywania sądów niższych instancji na temat konieczności uniewinnienia oskarżonych od popełnienia zarzucanych im czynów, wydaje się słuszna.

-----  
<sup>1\*</sup> Mikołaj Matecki – doktorant w Katedrze Prawa Karnego Uniwersytetu Jagiellońskiego.

<sup>2</sup> „Biuletyn Prawa Karnego” 2011, nr 3. Postanowienie wraz z uzasadnieniem można odnaleźć w Internecie, w bazie orzecznictwa Sądu Najwyższego „Supremus” [www.sn.pl]. Strony uzasadnienia wskazywane w dalszej części tekstu odnoszą się do wersji dostępnej w tejże bazie.

<sup>3</sup> Teza nr 1 na podstawie: „Biuletyn Prawa Karnego” 2011, nr 3, s. 23 oraz wersji postanowienia dostępnej w Internecie. Jest to powtórzenie poglądu wyrażonego w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 8 czerwca 2010 r., III KK 408/09, LEX nr 598846.

<sup>4</sup> Teza nr 2 wybrana przez autora tekstu.

W uzasadnieniu komentowanego postanowienia, w którym sąd ten przytacza argumentację wyłożoną przez sądy niższych instancji, pojawiło się jednakże kilka kwestii dyskusyjnych, a przez to wartych omówienia. Dotyczą one *in concreto* strategii argumentacyjnej w zakresie dowodzenia realizacji znamion czynu zabronionego, co w omawianej sprawie doprowadziło sądy do przekonania o niemożności przypisania oskarżonym odpowiedzialności karnej, a także – w wymiarze abstrakcyjnym – wykładni znamion art. 160 § 1 i 2 k.k. Wymienione zagadnienia da się odnieść odpowiednio do dwóch tez komentowanego postanowienia.

Glosa składa się z następujących części:

1. Zwięzła prezentacja stanu faktycznego sprawy;
2. Streszczenie zasadniczych argumentów wyłożonych w uzasadnieniu orzeczenia oraz umieszczenie ich w kontekście teorii obiektywnego przypisania skutku;
3. Ocena wymienionych argumentów w kontekście zakresu obowiązków ciążących na gwarancie (teza nr 1); IV. Analiza wykładnicza znamion art. 160 § 1 i 2 k.k. w kontekście poglądu mówiącego, że czyn z art. 160 § 1 k.k. może zostać popełniony wyłącznie z działania (teza nr 2).

2.

Podstawą procesu stało się następujące zdarzenie. Na jednym z osiedli mieszkaniowych przechodzień został śmiertelnie zraniony spadającym konarem drzewa. Okazało się, że to i inne drzewa znajdujące się na osiedlu zostały zakwalifikowane do wycięcia z uwagi na swój wiek, jednakże decyzja administracyjna w tym przedmiocie nie została wykonana z powodu braku środków finansowych.

Za zrealizowanie zadania były odpowiedzialne następujące osoby z Zarządu Budynków Komunalnych: zastępca dyrektora, główny specjalista Działu Eksploatacji i specjalista Działu Eksploatacji – w zakresie nadzoru nad prawidłową realizacją umowy z firmą zajmującą się wycinaniem drzew, w szczególności przekazania na ten cel odpowiednich środków finansowych i wyegzekwowania zadania polegającego na wycince drzew stwarzających zagrożenie; oraz prezes spółki i kierownik ds. techniczno-eksploatacyjnych firmy – w zakresie nadzoru nad prawidłową realizacją umowy z Zarządem Budynków Komunalnych i wyegzekwowaniu zadania polegającego na wycięciu odpowiednich drzew.

Oskarżonym zarzucono narażenie na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu osób poruszających się po osiedlu mieszkaniowym, to jest popełnienie czynu z art. 160 § 1 k.k. w formie zaniechania<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Dla przejrzystości wywodu pomijam kwestię zarzutu popełnienia przez niektórych oskarżonych przestępstwa z art. 231 § 1 k.k. Problem ten nie jest istotny w kontekście rozważań przeprowadzonych w niniejszej glosie.

3.

Zdaniem Sądu Najwyższego i sądów niższych instancji za uniewinnieniem oskarżonych przemawiały następujące argumenty:

(1) Argument z braku realizacji znamienia „bezpośredniego niebezpieczeństwa” (art. 160 § 1, 2, 3 k.k.): zagrożenie dla życia i zdrowia przechodniów w niniejszej sprawie nie było „bezpośrednie”<sup>6</sup>.

(2) Argument dotyczący wskazania alternatywnego zachowania, jakie mógł podjąć gwarant w celu zapobiegnięcia skutkowi (art. 2 k.k.) – test hipotetycznego przebiegu zdarzenia<sup>7</sup>: nie sposób sobie wyobrazić, aby istniała realna możliwość zabezpieczenia terenu, na którym znajdował się stary drzewostan, poprzez odgrodzenie taśmą kilkuset drzew, gdyż rozwiązanie takie uniemożliwiałoby normalne funkcjonowanie na osiedlach i w rozległych częściach miasta<sup>8</sup>.

(3) Argument z braku obiektywnej przewidywalności możliwości popełnienia czynu zabronionego (z perspektywy *ex ante*)<sup>9</sup>: „Możliwość przypisania sprawcy skutków czynu obejmuje jedynie normalne, a niewykraczające poza możliwość przewidywania, następstwa jego zachowania”<sup>10</sup>. Niemożnością było przewidzenie, że ze zdrowego drzewa, którego jedyną ułomnością był wiek, oderwie się konar o średnicy 16 cm<sup>11</sup>.

(4) Argument z braku możliwości obiektywnego przypisania skutku do czynu oskarżonych, na płaszczyźnie normatywnej z perspektywy *ex post*, dotyczący badania, czy w naruszeniu określonej reguły postępowania z dobrem prawnym urzeczywistnił się dokładnie ten skutek, przed którego powstaniem miało chronić przestrzeganie określonej reguły ostrożności<sup>12</sup>:

Przyczyna oderwania się konara była inna niż te, które decydowały o przeznaczeniu drzewa do wycięcia. Brak jest zatem, wymaganego związku przyczynowo-skutkowego dla ustalenia odpowiedzialności karnej oskarżonych<sup>13</sup>.

---

<sup>6</sup> Zob. s. 8 uzasadnienia postanowienia.

<sup>7</sup> Na temat przesłanek obiektywnego przypisania skutku w przypadku przestępstwa konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo zob.: M. Bielski, *Prawnokarne przypisanie skutku w postaci konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo – uwagi na marginesie postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 3 czerwca 2004 r., V KK 37/04*, „Przegląd Sądowy” 2005, nr 4, *passim*; oraz ogólnie: M. Królikowski, [w:] M. Błaszczuk, M. Królikowski, J. Lachowski, B. Namysłowska-Gabrysiak, A. Sakowicz, A. Walczak-Żochowska, W. Zalewski, R. Zawłocki, S. Żóttek, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–31. Tom I*, Warszawa 2011, s. 212–214, wraz z cytowaną tam literaturą.

<sup>8</sup> Zob. s. 9 uzasadnienia postanowienia.

<sup>9</sup> Zob. M. Królikowski, *op. cit.*, s. 212–213.

<sup>10</sup> „Okoliczności niniejszej sprawy nie wskazują, by tragiczny wypadek był tego rodzaju, by oskarżeni mogli mieć świadomość, że swoim zachowaniem mogą zrealizować znamiona czynu zabronionego (przewidywali taką możliwość) bądź też możliwości takiej nie przewidywali, choć mogli ją przewidzieć” – zob. s. 10 uzasadnienia postanowienia.

<sup>11</sup> *Ibidem*, s. 10–11.

<sup>12</sup> Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 marca 2000 r., III KKN 231/98; OSNKW 2000, nr 5–6, poz. 45.

<sup>13</sup> Zob. s. 11 uzasadnienia postanowienia.



4.

Przechodząc do omówienia poszczególnych argumentów, należy zauważyć, że na gruncie analizowanego stanu faktycznego stanowią one uszczegółowienie i rozwinięcie poglądu wyeksponowanego jako teza nr 1. O ile teza w swojej ogólnej wymowie nie wydaje się kontrowersyjna i zasługuje na aprobatę, o tyle problematyczne okazują się dalsze wypowiedzi sądu, które w jakimś stopniu jej dotyczą. Poniżej wskazane zostaną owe wątpliwości.

Jedna tylko rzecz odnośnie do sformułowanej tezy wymaga krótkiego komentarza. Dotyczy ona następującego zdania: „Zakres obowiązków ciążących na gwarancie musi być definiowany w odniesieniu do tego momentu czasowego, w którym on działa”.

Wydaje się, że zachowanie człowieka zawsze stanowi pewną aktywność w znaczeniu fizycznym<sup>14</sup>, dającą się opisać za pomocą pojęć wyrażających czynność, czyli czasowników. Wprowadzenie dystynkcji na „działanie” (wystąpienie pewnych cech w czynie) i „zaniechanie” (brak w czynie pewnych cech) ma swoje uzasadnienie z perspektywy opisu czynu zabronionego i charakterystyki czynności sprawczej, za której niejako pośrednictwem człowiek realizuje znamiona danego typu przestępstwa. Słusznie stwierdza się, że „działanie” i „zaniechanie” są elementami opisu czynu zabronionego (jego znamionami), a nie formami czynu jako takiego<sup>15</sup>.

Z przestępstwem skutkowym popełnionym w formie „zaniechania” jest związana instytucja „gwaranta” dla dobra prawnego (art. 2 k.k.). O ile gwarant jako człowiek zawsze jakoś „działa” (w potocznym znaczeniu tego słowa), o tyle z perspektywy zakresu obowiązków na nim ciążących i braku ich realizacji w kontekście odpowiedzialności karnej za przestępny skutek dopuszcza się on „zaniechania”.

Osoby odpowiedzialne za wycinkę drzew znalazły się w orbicie zainteresowania prawa karnego właśnie z uwagi na fakt, że nie zadziałały w określonym kierunku, czyli nie sfinansowały wycinki drzew i nie zapobiegły narażeniu ludzi na niebezpieczeństwo. W ich aktywności zawodowej zabrakło czegoś, czego od nich wymagano, a to znaczy: „zaniechały” wykonania określonej czynności.

Odnosząc te spostrzeżenia do zacytowanego zdania, że trafniej byłoby powiedzieć: „Zakres obowiązków ciążących na gwarancie musi być definiowany w odniesieniu do tego momentu czasowego, w którym nie zadziałał on w kierunku wymaganym przez normę prawną” (albo inaczej: „zaniechał wykonania swojego obowiązku”). Takie sformułowanie celniej oddawałoby sens pojęć „działanie” i „zaniechanie” w rozumieniu prawa karnego.

Po rozwiązaniu kwestii czysto terminologicznej czas przyjrzeć się poszczególnym argumentom. Pomimo że każdy z przytoczonych wniosków samoistnie wykluczał możliwość pociągnięcia oskarżonych do odpowiedzialności karnej, z uwagi na brak wypełnienia znamion

---

<sup>14</sup> Zob. A. Zoll, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I. Komentarz do art. 1-116 k.k.*, red. A. Zoll, Warszawa 2004, s. 32.

<sup>15</sup> *Ibidem*, s. 32 i 78.

strony przedmiotowej czynu zabronionego z art. 160 § 1, 2 albo 3 k.k., sądy zdecydowały się powołać łącznie wszystkie argumenty – zapewne dla wzmocnienia końcowej tezy o uwolnieniu oskarżonych od odpowiedzialności karnej. Należy zbadać, czy obraz sytuacji procesowej oskarżonych – druzgocący dla aktu oskarżenia i zarzutów kasacyjnych – w rzeczywistości jest aż tak jednoznaczny.

Argumenty 3 i 4 są ze sobą powiązane. Po pierwsze dlatego, że w prawidłowy sposób odwołują się do przesłanek koniecznych dla obiektywnego przypisania skutku. Po drugie dlatego, że nie do końca w sposób jasny uzasadniają wykluczenie istnienia powiązania normatywnego pomiędzy skutkiem opisanym w art. 160 § 1-3 k.k. a zaniechaniem sprawców.

Jak sądy słusznie przyjęły, należało zbadać, czy skutek stanowiący znamię czynu zabronionego sprawca mógł przewidzieć, oraz czy sprawca naruszył dokładnie tę regułę postępowania z dobrem prawnym, której przestrzeganie uchroniłoby dobro prawne przed niebezpieczeństwem albo zniszczeniem w taki sposób, w jaki *in concreto* się to stało. Należy zadać pytania:

1. Jaki stan rzeczy miał być przedmiotem obiektywnej przewidywalności w realiach rozpatrywanej sprawy?
2. Jaki stan rzeczy oderwany od zachowania sprawców chcemy do tegoż ich zachowania obiektywnie przypisać?

Sąd Najwyższy odpowiada: (1) Nie było przewidywalne, że ze zdrowego drzewa oderwie się konar. (2) Przyczyna oderwania się konara była inna niż te, które zadecydowały o przeznaczeniu drzewa do wycięcia.

Postępowanie dowodowe zmierzało więc do wykazania, że śmierć przechodnia zranionego konarem była przypadkowa i nie miała związku z zaniechaniem po stronie oskarżonych. Drzewo, z którego oderwała się gałąź, znajdowało się „w przyzwoitym stanie fitosanitarnym”<sup>16</sup>. Biegły ustalił, że oderwany konar nie był spróchniały. „Konar ten oderwał się nagle i zdarzenia tego nie można było wcześniej przewidzieć. Do charakterystyki topoli – czytamy w uzasadnieniu – należy bowiem kruchość i łamliwość gałęzi”<sup>17</sup>. Wobec tego reguła postępowania z dobrem prawnym, której mieli przestrzegać oskarżeni poprzez przeprowadzenie wycinki starych drzew, nie była tą regułą, która miała ochronić człowieka przed skutkiem, jaki urzeczywistnił się w analizowanym przebiegu przyczynowym (śmiercią przechodnia z powodu przypadkowo oderwanej gałęzi).

Nie istnieją żadne podstawy do zakwestionowania streszczonych powyżej ustaleń. Problem jednak w tym, że nie do końca przystają one do realiów rozpatrywanej sprawy i zarzutu aktu oskarżenia.

---

<sup>16</sup> Zob. s. 10 uzasadnienia postanowienia.

<sup>17</sup> *Ibidem*, s. 7.

Rozumowanie przeprowadzone przez sądy stanowi bez wątpienia trafne uzasadnienie dla tezy, że oskarżeni nie mogą odpowiadać za spowodowanie śmierci kobiety przygniecionej konarem. W istocie, wymóg przestrzegania naruszonej reguły ostrożności nie służył zabezpieczeniu człowieka przed śmiercią w takich okolicznościach, jakie miały miejsce w badanym przypadku. Wycinka starych drzew wyeliminowałaby ewentualne niebezpieczeństwo wynikające z ich wieku, jednakże – jak ustalono – to nie stan drzewa był przyczyną odłamania się gałęzi. Trafny jest wniosek, że nie można było przewidzieć oderwania się tego konkretnego konara, co wyklucza realizację znamion z art. 155 k.k.

Nieporozumieniem jest sprowadzenie skutków zaniechania, jakiego dopuścić mieli się oskarżeni, do problemu śmierci przechodnia, które to wydarzenie zainicjowało postępowanie karne. W analizowanym procesie karnym nikt nie zarzucał oskarżonym popełnienia przestępstwa spowodowania śmierci człowieka. Oskarżonym zarzucono spowodowanie stanu bezpośredniego niebezpieczeństwa dla życia i zdrowia mieszkańców osiedla.

„Bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu” – oto stan rzeczy, którego obiektywną przewidywalność i przypisywalność należało zbadać.

Trzeba wobec tego powiedzieć, co następuje:

1. Brak naruszenia dobra prawnego nie oznacza, że nie zaistniał stan niebezpieczeństwa dla tego dobra. Nieprzypisywalne naruszenie danego dobra prawnego z uwagi na nieprzewidywalny *in concreto* układ sytuacyjny nie przesądza, że nie miał miejsca stan konkretnego zagrożenia dla innego dobra prawnego, bądź że nie jest on przypisywalny<sup>18</sup>.
2. Opinia biegłego fitosanitarnego dotycząca stanu drzewa, z którego oderwał się konar, ma znaczenie w kontekście odpowiedzialności oskarżonych za śmierć przechodnia, co nie było przedmiotem procesu. Nie jest natomiast wystarczająca w kontekście znamion art. 160 § 1-3 k.k.
3. Niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia człowieka nie polegało na tym, że konar śmiertelnie zranił kobietę. Zdarzenie to było już spowodowaniem śmierci człowieka, czyli naruszeniem dobra prawnego. Niebezpieczeństwo mogło natomiast polegać na tym, że jakakolwiek gałąź z któregośkolwiek drzewa nadającego się do wycinki mogła oderwać się i spaść obok jakiegokolwiek osoby przebywającej na terenie osiedla.
4. Okoliczność opisaną w punkcie 3. należałoby uzupełnić o wykazanie, że stan drzew nadających się do wycinki był taki, że ich gałęzie mogły zacząć się łamać bez zaistnienia dodatkowych, ekstremalnych czynników atmosferycznych albo ingerencji człowieka.

W tym świetle można mieć wątpliwość co do zasadności uznania, że w omawianej sprawie nie mieliśmy do czynienia z możliwością przewidzenia niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia człowieka. Prawdopodobnie decyzja administracyjna dotycząca konieczności wycięcia

---

<sup>18</sup> Zob. M. Bielski, *op. cit.*, s. 129.

drzew była znana oskarżonym, a także wiedzieli oni, że z uwagi na brak finansów drzewostan nie został przerzedzony. Zapewne miały równocześnie świadomość tego, na jakim terenie znajdują się drzewa i że jest to miejsce licznie odwiedzane przez mieszkańców osiedla. Zwrócenie uwagi na te okoliczności stanowiłoby punkt wyjścia do zbadania obiektywnej rozpoznawalności popełnienia czynu zabronionego, a w dalszej kolejności strony podmiotowej czynu (nieumyślności) dotyczącej narażania mieszkańców osiedla na niebezpieczeństwo utraty zdrowia, a nawet życia.

Warto również zaznaczyć, że zdanie: „Brak jest zatem wymaganego związku przyczynowo-skutkowego dla ustalenia odpowiedzialności karnej oskarżonych”, pojawiające się w argumencie nr 4, zapewne miało oznaczać, że brak jest wymaganego powiązania normatywnego, a nie przyczynowego pomiędzy skutkiem a zaniechaniem ze strony oskarżonych.

Powyższe spostrzeżenia warto uzupełnić o analizę argumentu nr 2 – test zachowania alternatywnego. Sądy uznały, że zabezpieczenie terenu poprzez ograniczenie jego dostępności (próba zminimalizowania niebezpieczeństwa)<sup>19</sup> byłoby nieracjonalne, ponieważ uniemożliwiałoby normalne funkcjonowanie mieszkańców na osiedlach i w rozległych częściach miasta.

Gwarant może uwolnić się od odpowiedzialności karnej, gdy podejmie działanie w kierunku odwrócenia lub zminimalizowania utrzymującego się stanu niebezpieczeństwa dla dobra prawnego. Czy oskarżeni zrobili cokolwiek w kierunku zapobieżenia skutkowi? Niestety nie. Nawet jeśli ogrodzenie terenu nie było w tym wypadku racjonalne i konieczne, do czego można mieć pewne wątpliwości, to przecież można było w inny sposób starać się co najmniej ostrzec przechodniów o grożącym na danym obszarze niebezpieczeństwie, choćby poprzez umieszczenie tablicy informacyjnej o złym stanie drzewostanu. Wejście osoby dorosłej na tak zabezpieczony teren stanowiłoby przypadek tzw. samonarażenia na niebezpieczeństwo<sup>20</sup> i, pod pewnymi warunkami, uwalniało gwaranta od odpowiedzialności karnej na zasadzie negatywnej przesłanki obiektywnego przypisania skutku<sup>21</sup>.

Obowiązek zabezpieczenia terenu byłby jednocześnie tą regułą ostrożności wymaganą od gwaranta w danych okolicznościach, w której naruszeniu urzeczywistniłby się skutek w postaci narażenia człowieka na niebezpieczeństwo utraty życia i zdrowia. Posługując się takim uzasadnieniem, skutek stanowiący znamię czynu zabronionego z art. 160 § 1-3 k.k. mógłby zostać przypisany do zaniechania osób odpowiedzialnych za wycięcie drzew.

Dotychczasowe analizy pokazują, że na podstawie trzech omówionych argumentów nie dało się jednoznacznie wykluczyć odpowiedzialności karnej oskarżonych za przestępstwo z art. 160 § 3 k.k. Czy ostatni z nich wytrzyma próbę krytyki?

---

<sup>19</sup> Zwracać na to uwagę oskarżyciel posiłkowy: „Poza wystąpieniem o dodatkowe środki finansowe nie podjęto żadnych czynności, by stan zagrożenia przez drzewa wyeliminować lub chociażby zminimalizować. Takim działaniem byłoby np. ogrodzenie terenu bezpośrednio przyległego do drzew zakwalifikowanych do wycięcia” – zob. s. 9 uzasadnienia postanowienia.

<sup>20</sup> Zob. M. Królikowski, *op. cit.*, s. 215.

<sup>21</sup> *Ibidem*, s. 214.

Pierwszy argument został przejrzysto wyeksponowany dopiero przez Sąd Najwyższy i okazuje się najsilniejszy z wszystkich czterech. Czy przebywanie ludzi na terenie, na którym znajdują się drzewa przeznaczone do wycinki na podstawie decyzji administracyjnej, stwarza bezpośrednie niebezpieczeństwo dla ich życia i zdrowia? Podkreślić należy, że dla stwierdzenia występowania tej okoliczności nie ma znaczenia fakt oderwania się z drzewa jednej gałęzi, pomimo że było to zdarzenie tragiczne w skutkach.

Czy zakwalifikowanie drzewa do wycięcia oznacza, że drzewo to zagraża przechodniom? W toku procesu nie udowodniono, aby stan drzewostanu był na tyle zły, że liczne gałęzie mają już tendencję do łamania się i spadają na ziemię. Aby to ustalić, należałoby dokonać uważnej obserwacji określonych drzew. W tym zakresie mógłby wypowiedzieć się biegły sądowy, badając ogólny stan drzewostanu – około 600 drzew zakwalifikowanych do wycięcia, a nie – jak w omawianej sprawie – jedno drzewo, z którego przypadkowo oderwał się konar.

Słusznie wywodzi Sąd Najwyższy, że w analizowanej sprawie zabrakło podstawowej przesłanki do przypisania oskarżonym odpowiedzialności karnej za przestępstwo z art. 160 § 1 k.k., a mianowicie: niebezpieczeństwa noszącego znamiona „bezpośredniości”<sup>22</sup>.

W tym kontekście można nawet powiedzieć, że bezczynność oskarżonych, których zadaniem niewątpliwie było dbanie o stan drzew na terenie miasta, nie nosi znamion przestępnego zaniechania w kontekście czynu zabronionego z art. 160 § 1-3 k.k. Norma sankcjonowana co prawda zobowiązywała ich do wykonania decyzji administracyjnej, w tym pozyskania środków finansowych na wycinkę drzew, jednakże nie obligowała oskarżonych do zapobiegnięcia skutkowi w postaci bezpośredniego niebezpieczeństwa dla życia i zdrowia człowieka. Niebezpieczeństwo takie w omawianej sprawie w ogóle nie powstało i nie zaktualizowała się odpowiadająca takiej sytuacji norma sankcjonowana.

Być może skutek w postaci konkretnego zagrożenia dla zdrowia mieszkańców osiedla ze strony starych drzew dopiero powstanie – jeśli nie zostaną one wycięte – albo już nigdy nie powstanie, o ile doszło do ich wycinki. W pierwszym wypadku, gdy stan drzewostanu w związku z upływem czasu ulegnie pogorszeniu, to wydaje się, że będzie można ponownie przyrzeć się realizacji obowiązków przez osoby odpowiedzialne za wycinkę drzew, w kontekście aktualizującej się funkcji gwaranta w rozumieniu art. 2 k.k., a dotyczącej odwracania już „bezpośredniego” niebezpieczeństwa dla dóbr prawnych.

Można w związku z tym przyjąć, że argument nr 1 posiada trafne uzasadnienie, był wystarczający do uniewinnienia oskarżonych od zarzutu popełnienia przestępstwa z art. 160 § 1 k.k. i zasługuje na aprobatę. Rozważania sądów w pozostałym zakresie (argumenty nr 2–4) zawierają kilka nieścisłości interpretacyjnych.

---

<sup>22</sup> Na temat wykładni tego znamienia zob.: A. Zoll, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Tom II. Komentarz do art. 117–277 k.k.*, red. A. Zoll, Warszawa 2008, s. 349 i n. Szerzej o przestępstwach bezpośredniego narażenia na niebezpieczeństwo: K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1997, s. 138.

5.

W kolejnej części rozważań należy odnieść się do poglądu mówiącego, że przestępstwo z art. 160 § 1 k.k. może zostać popełnione wyłącznie w formie działania.

Sąd Rejonowy przyjął, że wszystkie osoby wskazane w akcie oskarżenia spełniały funkcję gwaranta w rozumieniu art. 160 § 2 k.k., natomiast z uwagi na to, że zarzucono im bezczynność prowadzącą do nieszczęśliwego wypadku, nie mogą odpowiadać za przestępstwo z art. 160 § 1 k.k., gdyż przepis ten wymaga zrealizowania czynności sprawczej wyłącznie poprzez działanie<sup>23</sup>.

Dotychczasowe rozważania pokazały, że można mieć wątpliwości co do uznania oskarżonych za gwarantów dla dobra prawnego w zakresie określonym znamionami art. 160 § 1 albo 2 k.k., skoro obowiązek odwracania niebezpieczeństwa dla życia i zdrowia człowieka w ogóle nie powstał oraz nie był obiektywnie przewidywalny. Wskazywałoby to na bezprzedmiotowość dalszych analiz. Ponieważ jednak w uzasadnieniu komentowanego postanowienia znalazły się określone stwierdzenia, a teza nr 2 z uwagi na swój ogólny charakter może okazać się istotna dla rozstrzygnięcia innych spraw, warto przyrzeć jej się z bliska.

Pogląd zaprezentowany w postanowieniu znajduje potwierdzenie w wypowiedziach doktryny<sup>24</sup> i orzecznictwie<sup>25</sup>. Opiera się on na zestawieniu art. 160 § 1 k.k. z brzmieniem § 2, w którym jest mowa o sprawcy, na którym ciąży obowiązek opieki nad osobą narażoną na niebezpieczeństwo. W myśl głównego nurtu interpretacyjnego, obowiązek opieki należy rozumieć podobnie jak funkcję gwaranta, o którym jest mowa w art. 2 k.k.<sup>26</sup> Wyprowadza się z tego wniosek, że skoro w § 2 stypizowano kwalifikowany i indywidualny typ narażenia człowieka na niebezpieczeństwo z uwagi na posiadanie przez sprawcę cech gwaranta dla dobra prawnego, to znamiona typu podstawowego określone w § 1 mogą zostać wyczerpane jedynie przez osobę, która gwarantem nie jest – a zatem wchodzi w grę tylko działanie.

Nie ma wątpliwości, że większość przestępstw materialnych, do których zalicza się art. 160 § 1–3 k.k., może zostać popełnionych przez działanie jak i zaniechanie<sup>27</sup>. W tym ostatnim wypadku powszechne przestępstwo skutkowe staje się przestępstwem indywidualnym<sup>28</sup>. W świetle powyższych poglądów należałoby więc uznać, że z zakresu normowania normy sankcjonującej dekodowanej na podstawie art. 160 § 1 k.k. zostały wyeliminowane wszystkie

---

<sup>23</sup> Zob. s. 6 uzasadnienia postanowienia.

<sup>24</sup> Zob. M. Budyn-Kulik, [w:] *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2010, s. 336; B. Michalski, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz do art. 117–221*, red. A. Wąsek, R. Zawłocki, Warszawa 2010, s. 454 i n.; A. Zoll, *Kodeks...*, Tom II, op. cit., s. 348.

<sup>25</sup> Zob. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 9 marca 1995 r., II Akc 40/95, „Prokuratura i Prawo” 1995, nr. 6, poz. 23.

<sup>26</sup> Zob. A. Zoll, *Kodeks...*, Tom II, op. cit., s. 347.

<sup>27</sup> W takich wypadkach bowiem ustawodawca z reguły nie opisuje sposobu doprowadzenia przez sprawcę do określonej zmiany w świecie zewnętrznym, ograniczając się do charakterystyki samego skutku. Zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010, s. 192–193.

<sup>28</sup> *Ibidem*, s. 198; A. Zoll, *Kodeks...*, Tom I, op. cit., s. 80.



przypadki realizacji czynności sprawczej tego przestępstwa w formie zaniechania, są one natomiast penalizowane w ramach utworzonego specjalnie na tę okoliczność typu z § 2.

Istnieją podstawy do nieco odmienniej interpretacji wymienionych przepisów. Należy bowiem poddać w wątpliwość wyjściowe założenie, że „obowiązek opieki”, o którym jest mowa w art. 160 § 2 k.k., w pełnym zakresie pokrywa się z „prawnym, szczególnym obowiązkiem” zapobiegnięcia skutkowi z art. 2 k.k. Efekt wykładni przeprowadzonej w oparciu o klasyczne reguły interpretacyjne tekstu ustawy<sup>29</sup> pozwala stwierdzić, że oba pojęcia nie są synonimami, o czym poniżej.

Racje natury językowej wymagają przyjrzenia się znaczeniu pojęcia „opieka”. W języku potocznym oznacza ono „dbanie o kogoś, o coś”<sup>30</sup>, „dogłębienie, pilnowanie, strzeżenie”<sup>31</sup>, wydaje się więc, że funkcja „opiekuna” polega na doglądaniu określonej osoby czy rzeczy. Kontekst wewnątrzdzaniowy z art. 160 § 2 k.k., w którym jest mowa o opiece „nad osobą narażoną na niebezpieczeństwo”, sugeruje daleko posuniętą indywidualizację przedmiotu opieki w stosunku do podmiotu zobowiązanego do jego ochrony.

W świetle reguł systematycznych wewnętrznych należy zauważyć, że opisując cechy podmiotu pozostającego w specyficznej relacji do określonego dobra prawnego, w różnych przepisach kodeksu karnego ustawodawca posługuje się odmiennymi wyrażeniami.

I tak: art. 2 k.k. mówi o „prawnym, szczególnym obowiązku”; podobnie „prawny, szczególny obowiązek” wymienia art. 18 § 3 *in fine* k.k.; art. 26 § 4 wspomina o osobie, która ma „szczególny obowiązek” chronić dobro prawne; interesujący nas art. 160 § 2 k.k. wymienia osobę, na której ciąży „obowiązek opieki”; wreszcie można wskazać na „szczególny obowiązek” opisany w art. 179 k.k.

Tam, gdzie ustawodawca wprowadził terminologiczne rozróżnienie, tam także interpretator powinien doszukiwać się różnicy<sup>32</sup>. W szczególności można zapytać, dlaczego tylko niektóre z wymienionych obowiązków zostały scharakteryzowane za pomocą określenia „prawny”.

Ograniczając odpowiedź na to pytanie do art. 160 § 2 k.k., można rzec, że wykładnia systematyczna zewnętrzna uzasadnia doszukiwanie się elementu „prawności” i „szczególności” obowiązku w samym pojęciu „opieki”<sup>33</sup>. Relacja „opieki” musi znajdować umocowanie w odpowiedniej normie prawnej oraz zawsze jest uszczegółowiona w odniesieniu do konkretnego podopiecznego (np. w relacji: rodzic – dziecko). Z tego powodu mówienie dwa razy tego samego –

---

<sup>29</sup> Zob. np. L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006, *passim*; K. Płeszka, *Językowe znaczenie tekstu prawnego jako granica wykładni*, [w:] *Filozoficzno-teoretyczne problemy sądowego stosowania prawa*, red. M. Zirk-Sadowski, Łódź 1997, s. 69 i n.; M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki*, Warszawa 2002, *passim*; A. Zoll, *Kodeks...*, Tom I, *op. cit.*, s. 58-61.

<sup>30</sup> *Słownik języka polskiego* PWN dostępny w Internecie: [http://sjp.pwn.pl/szukaj/opieka].

<sup>31</sup> M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego PWN*, Tom II, Warszawa 1999, s. 505.

<sup>32</sup> Zob. L. Morawski, *op. cit.*, s. 103.

<sup>33</sup> Zob. Tytuł III, Dział I, Rozdział I *Ustawy z dnia 25 lutego 1964 roku – Kodeks rodzinny i opiekuńczy*, Dz. U. nr 9, poz. 59 z późn. zm., oraz np. art. 95 tej ustawy.

poprzez dodanie w przepisie określeń: „prawny i szczególny” obowiązek opieki – byłoby zbędnym wydłużaniem przepisu<sup>34</sup>.

Należy uwzględnić również kontekst instytucjonalny<sup>35</sup> analizowanego terminu. Z uwagi na ogólne ramy instytucji gwaranta oraz zakres i treść jego obowiązków, w doktrynie wyróżnia się trzy typy funkcji gwaranta:

1. zobowiązanie do ochrony określonego dobra prawnego przed wszelkimi zagrożeniami;
2. zobowiązanie do ochrony wszelkich dóbr prawnych przed określonym zagrożeniem;
3. obowiązek ochrony określonego dobra prawnego przed zagrożeniem pochodzącym z określonego źródła<sup>36</sup>.

Rezultaty wykładni językowej, systemowej i instytucjonalnej uzasadniają tezę, iż pojęcie „opieka” może dotyczyć jedynie gwaranta scharakteryzowanego w punkcie 1<sup>37</sup>. „Opiekun” jest osobą sprawującą pieczę nad określoną osobą albo konkretną grupą osób, chroniąc ich przed niebezpieczeństwami pochodzącymi z jakiegokolwiek źródła.

Wykładnia historyczna stanowi potwierdzenie dotychczasowych ustaleń. W kodeksie karnym z 1969 roku odpowiednik art. 160 § 2 k.k. mówił o obowiązku „troszczenia się” o osobę narażoną na niebezpieczeństwo („dbałość o kogoś”<sup>38</sup>). Zgodnie z powszechnymi intuicjami językowymi, w pojęciu „troski” akcent spoczywa na określonym obiekcie (przedmiocie lub osobie), którego dotyczy czynność gwaranta, bez względu na źródła potencjalnych niebezpieczeństw. „Troszczymy się” zawsze o coś zindywidualizowanego, a nie o „cokolwiek”. Dokonana w tym zakresie zmiana terminologiczna w k.k. z 1997 roku ma charakter wyłącznie redakcyjny<sup>39</sup>.

Na tej podstawie uprawniony jest wniosek, że przestępstwo indywidualne z art. 160 § 2 k.k. może zostać popełnione wyłącznie przez tzw. gwaranta ochrony, ponieważ tylko ten typ gwaranta mieści się w znaczeniu pojęcia „opieka”.

W analizowanej sprawie nie było wątpliwości, że na oskarżonych ciążył obowiązek przeprowadzenia wycinki starych drzew<sup>40</sup>. W perspektywie normatywnej treścią ich obowiązku było zabezpieczenie wszystkich osób, które potencjalnie mogły znaleźć się na niebezpiecznym terenie, przed określonym zagrożeniem ze strony drzew przeznaczonych do wycięcia. Oskarżeni

---

<sup>34</sup> Jest to interpretacja dopuszczalna jedynie w ramach określonych przez ogólne znaczenie analizowanego pojęcia, z uwzględnieniem autonomii znaczeniowej pojęć prawa karnego w stosunku do innych dziedzin prawa.

<sup>35</sup> Zob. T. Gizbert-Studnicki, *Ujęcie instytucjonalne w teorii prawa*, [w:] *Studia z filozofii prawa*, red. J. Stelmach, Kraków 2001, s. 135 i n.

<sup>36</sup> Zob. szerzej: W. Wróbel, A. Zoll, *op. cit.*, s. 200–201; M. Królikowski, *op. cit.*, s. 229–230; A. Spotowski, *Kilka uwag o obowiązku gwaranta w prawie karnym*, „Państwo i Prawo” 1987, nr 11, s. 58–65.

<sup>37</sup> W ostateczności dałoby się to powiedzieć również o gwarancie wymienionym w punkcie 3.

<sup>38</sup> *Słownik języka polskiego* PWN dostępny w Internecie: [http://sjp.pwn.pl/szukaj/troska].

<sup>39</sup> Zob. B. Michalski, *op. cit.*, s. 460.

<sup>40</sup> Zob. s. 7 uzasadnienia postanowienia: „Nie ulega wątpliwości, że osoby wskazane w akcie oskarżenia były osobami odpowiedzialnymi za wycinkę drzew na terenie miasta”.

nie sprawowali więc funkcji „gwaranta opieki”, lecz pełnili nadzór nad konkretnym źródłem niebezpieczeństwa, aby nie doprowadzić do zagrożenia dla jakiegokolwiek dobra prawnego (tzw. gwarant nadzoru – zob. punkt nr 2 powyżej)<sup>41</sup>.

Pojawia się zatem zasadnicze pytanie, czy zachowanie oskarżonych w ogóle jest w aktualnym stanie prawnym penalizowane. Odpowiedź na nie jest uzależniona od rezultatu wykładni art. 160 § 1 i 2 k.k.

Wydaje się, że istnieją trzy możliwości:

1. Za przestępstwo z art. 160 § 2 k.k. odpowiada wyłącznie gwarant opieki (z działania i zaniechania), oraz akceptujemy tezę, że czyn z § 1 może zostać popełniony wyłącznie z działania. *Ergo*: pozostali gwaranci, w tym oskarżeni, nie ponoszą odpowiedzialności karnej, ponieważ ich zachowanie w formie zaniechania nie realizuje hipotezy żadnej normy sankcjonującej.
2. Wszyscy gwaranci odpowiadają karne z art. 160 § 2 k.k. – utrzymujemy, że czyn z § 1 może zostać popełniony wyłącznie z działania.
3. Gwarant opieki odpowiada za przestępstwo z art. 160 § 2 k.k. zarówno z działania, jak i z zaniechania. Za przestępstwo opisane w § 1 może odpowiadać każdy człowiek z działania (typ powszechny), natomiast z zaniechania każdy gwarant nienastąpienia skutku w rozumieniu art. 2 k.k. za wyjątkiem gwaranta opieki.

Pierwszą opcję trzeba odrzucić a *limine*, ponieważ jest nieracjonalna i całkowicie nieuzasadniona z polityczno-kryminalnego punktu widzenia. Dlaczego właściciel groźnego psa (gwarant nadzoru), który nie upilnował swojego pupila, gdy ten próbował pogryźć przechodnia, miałby w ogóle nie odpowiadać karne za swoje zaniechanie w ramach art. 160 k.k.? Żadna aksjologia nie uzasadniałaby takiego efektu wykładni.

Druga opcja bazuje na rozszerzeniu znaczenia pojęcia „obowiązek opieki nad osobą” w stosunku do znaczenia ustalonego w oparciu o reguły wykładni językowej, wzmocnionej o pozostałe reguły interpretacyjne. W efekcie tego zabiegu sprawcy niebędący gwarantami opieki odpowiadają za czyn zagrożony surowszą sankcją, w porównaniu z sytuacją, gdyby w ogóle nie odpowiadali karne na mocy odrzuconej opcji nr 1 albo odpowiadali na podstawie art. 160 § 1 k.k. Jest to więc wykładnia rozszerzająca na niekorzyść sprawcy, której w prawie karnym zaakceptować nie można.

Wyłącznie opcja trzecia broni się w świetle standardów wykładniczych. Gwarant – „opiekun” odpowiada za typ indywidualny i kwalifikowany, narusza bowiem nie tylko ogólny obowiązek ostrożnego zachowania się, ale też obowiązek troszczenia się „o bezpieczeństwo

---

<sup>41</sup> Nie można więc zgodzić się z twierdzeniem Sądu Rejonowego, a niezakwestionowanym przez sąd odwoławczy ani Sąd Najwyższy, że wszystkie osoby wskazane w akcie oskarżenia spełniały funkcję gwaranta z art. 160 § 2 k.k. *Ibidem*, s. 6.

konkretnie już wskazanej w tym przepisie osoby”<sup>42</sup> (znamie kwalifikujące uzasadniające wyższą karalność). Inni gwaranci realizują znamiona czynu zabronionego z art. 160 § 1 k.k. w zw. z art. 2 k.k. To ostatnie przestępstwo może być popełnione zatem zarówno z działania (przestępstwo powszechne), jak i z zaniechania (przestępstwo indywidualne) w zakresie omówionym powyżej.

Wobec tego teza nr 2 nie zasługuje na aprobatę.

## 6. Zakończenie

Na zakończenie jeszcze jedna uwaga, która może okazać się istotna w perspektywie teoretycznej. Gdyby założyć, że w omawianej sprawie zostało zrealizowane znamie „bezpośredniości” niebezpieczeństwa, to nie ulega wątpliwości, że za ten sam skutek, czyli konkretne narażenie człowieka na niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, mogłoby odpowiadać niezależnie od siebie kilka osób, pomimo że prawdopodobnie nie łączyła ich żadna nić porozumienia w rozumieniu art. 18 § 1 zdanie 2 k.k. Oczywiście ustalenie realizacji znamion czynu zabronionego w tej hipotetycznej sytuacji wymagałoby dokładnego zbadania zakresu obowiązków każdego z gwarantów, co wykracza już poza ramy analizowanej sprawy.

Podsumowując: decyzja procesowa o uniewinnieniu oskarżonych zasługuje na aprobatę, jednakże:

1. Sąd Najwyższy nie uniknął drobnych nieścisłości terminologicznych w uzasadnieniu swojego postanowienia;
2. kilka problematycznych stwierdzeń, które wkradły się do uzasadnień decyzji procesowych wydanych w niższych instancjach, nie zostało umiejętnie objaśnionych bądź skorygowanych na etapie rozpatrywania pisma kasacyjnego przez Sąd Najwyższy.

---

<sup>42</sup> B. Michalski, *op. cit.*, s. 460.

## Prawo miejskie i wiejskie wobec kradzieży z włamaniem. Analiza kodyfikacji oraz ksiąg sądowych południowej Polski okresu XVI–XVIII wieku

### 1. Wstęp

Problem kradzieży z włamaniem, rozumianej jako typ kwalifikowany ze względu na sposób działania sprawcy<sup>2</sup>, jest zagadnieniem stosunkowo nowym – zarówno dla nauki prawa, jak i kodyfikacji. Przez długi czas nie było rozróżnienia pomiędzy kradzieżą zwykłą a poczynioną po uprzednim przełamaniu zabezpieczenia – i chociaż okoliczność taka miała wpływ na ostrzejszy wymiar kary, to jednak przez stulecia nie została wypracowana dogmatyczna konstrukcja, opisująca w sposób precyzyjny włamanie.

Niniejsza praca ma na celu zbadanie, w jaki sposób zjawisko kradzieży z włamaniem traktowane było przez pochodne prawa magdeburskiego na przestrzeni od XVI do XVIII wieku – czy oceniane było jako bardziej naganne od zwykłej kradzieży i czy fakt ten znajdował odzwierciedlenie w procesie karania.

-----  
<sup>1\*</sup> Student V roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

<sup>2</sup> *Kodeks karny: część szczególna: komentarz do art. 278–363 Kodeksu karnego*, praca zbiorowa pod red. A. Zolla, Kraków 2006, s. 85.

## 2. Prawo miejskie a kradzież z włamaniem

Źródłem prawa miejskiego w przedmiotowym okresie było przede wszystkim *Zwierciadło Saskie* oraz kodyfikacje prawa chełmińskiego<sup>3</sup>. Ponadto coraz mocniejszy wpływ zaczynała wywierać na praktykę *Constitutio Criminalis Carolina*, propagowana głównie przez Bartłomieja Groickiego<sup>4</sup>. Warto zaznaczyć, że w bardzo niewielkim stopniu prawo karne miejskie zawarte było w wilkierzach<sup>5</sup>. W centrum uwagi regulacji penalnych znajdowały się przestępstwa przeciwko mieniu, co jest oczywiste, jeśli zważyć, że wedle badań prof. Płazy kradzieże stanowiły w miastach około 85% wszystkich przestępstw popełnianych przez mężczyzn<sup>6</sup>. Prawo miejskie dzieliło przestępstwa na publiczne oraz prywatne<sup>7</sup>, jednak oprócz tego znano także inne podziały, w tym na przestępstwa niehańbiące oraz hańbiące – przeciw własności<sup>8</sup>. Miejskie prawo karne wyróżniało także kradzież na małą i dużą – podział taki występował zarówno w systemie saskim, jak i chełmińskim.

Kradzież połączona z włamaniem zaliczana była do kradzieży dużych – karano ją powieszeniem (stąd określenie: *poena furca* – kara złodziejska)<sup>9</sup> oraz niekiedy topieniem, przede wszystkim w przypadku kobiet<sup>10</sup>. Bartłomiej Groicki wprost pisze:

---

<sup>3</sup> Na temat prawa chełmińskiego: J. Bardach, *Historia państwa i prawa Polski. Cz. 1, Do połowy XV w.*, pod red. J. Bardacha, Warszawa 1965, s. 374; D. Janicka, *Dowody w procesie karnym w świetle trzech rewizji prawa chełmińskiego z XVI wieku*, [w:] *Historia prawa. Historia kultury. Liber Memorialis Vitoldo Maisel dedicatus*, red. E. Borkowska-Bagieńska, H. Olszewski, Poznań 1994, s. 167.

<sup>4</sup> Celem zgłębienia opracowań dotyczących B. Groickiego odsyłam do bibliografii M. Delimaty – M. Delimata, *Proces karny w miastach polskich w XVI wieku. Uwagi w świetle prac Bartłomieja Groickiego*, [w:] „CPH”, t. 55, z. 1, Poznań 2003, s. 189, przypisy 1, 2.

<sup>5</sup> W. Maisel, *Prawo karne w statutach miast polskich do końca XVIII wieku*, „CPH”, t. 26, 1974, z. 2, s. 112. Regulacje wilkierzowe obejmowały przede wszystkim kwestie administracyjne.

<sup>6</sup> S. Płaza, *Historia prawa w Polsce na tle porównawczym. Cz. 1, X-XVIII w.*, Kraków 2002, s. 363. A. Karpiński podaje zbliżone statystyki dla miasta Lwowa – 60% ogółu przestępstw stanowiły wykroczenia przeciw mieniu, z czego 86% popełnili mężczyźni. Autorowi udało się ustalić, że 13% spośród przestępstw przeciw mieniu stanowiły kradzieże z włamaniem. Tego rodzaju występów dopuszczali się wyłącznie mężczyźni. A. Karpiński, *Przestępczość we Lwowie w końcu XVI i w XVII wieku*, „Przegląd Historyczny”, t. 87, 1996, z. 4, s. 753.

<sup>7</sup> Na temat sposobów wszczęcia postępowania w prawie miejskim – M. Mikołajczyk, *Wszczęcia postępowania karnego przed sądami miejskimi w Polsce XVI-XVIII wieku*, [w:] „CPH”, t. 57, z. 1, s. 55. Więcej na temat procesu karnego w prawie miejskim – Idem, *Proces kryminalny w Bochni w drugiej połowie XVII w.*, [w:] *Studia z historii ustroju i praw. Księga dedykowana Profesorowi Jerzemu Walachowiczowi*, pod red. H. Olszewskiego, Poznań 2002, s. 243; Idem, *Prawo oskarżonego do obrony w praktyce sądów miejskich w Polsce XVI-XVIII w.*, [w:] *Ustrój i prawo w przeszłości dalszej i bliższej. Studia historyczne o prawie dedykowane Prof. Stanisławowi Grodzkiemu w pięćdziesiątą rocznicę pracy naukowej*, pod red. J. Malca i W. Uruszczaaka, Kraków 2000, s. 397; M. Delimata, *Proces karny w miastach polskich w XVI wieku. Uwagi w świetle prac Bartłomieja Groickiego*, [w:] „CPH”, t. 55, z. 1, Poznań 2003, s. 189.

<sup>8</sup> W. Maisel, *Dawne polskie prawo karne miejskie od połowy XV do połowy XVIII wieku*, Toruń 1966, s. 344.

<sup>9</sup> T. Adamczyk, *System kar w prawie ziemskim na przykładzie orzecznictwa sądu grodu krakowskiego w XVIII wieku*, [w:] *Culpa et poena, z dziejów prawa karnego. Materiały z konferencji poświęconej dziejom prawa karnego*, Kraków 2009, s. 172. Z drugiej strony zaznaczyć trzeba, że znane są w praktyce sądów miejskich liczne odstępstwa od wykonania kary głównej przez powieszenie: „Ten Tomek, aczkolwiek za uczynkiem swym złodziejskim na szubieniczną osądzon być miał, wszakoż iż o śmierć mieczewą jest z urzędu prosił, taską tą od panów uzyskał, że jest nie na szubieniczą, ale na ścięcie skazany” – H. Zaremska, *Miejsca kaźni w Krakowie w XIV-XVI wieku*, „Kwartalnik Historii Kultury Materialnej”, r. 40, 1992, nr 3, Warszawa 1992, s. 307.

<sup>10</sup> W. Maisel, *Dawne polskie prawo karne miejskie od połowy XV do połowy XVIII wieku*, Toruń 1966, s. 355; *Wyroki ławicy sandomiejskiej 1652-1684*, wyd. J. Sygański, Lwów 1918, s. 48. Wedle Sygańskiego były przypadki topienia kobiet w Dunajcu.



I ta jest przyczyna, dla której złodzieje wieszą, a niewiasty topią, (...) iż gdyby nie byli śmiercią karani, mała by nadzieja po nich była upamięnia, polepszenia<sup>11</sup>.

Wyraźnie uwidocznił się tutaj prymat racjonalizacji retrybtywnej.

Przełamanie zabezpieczenia postrzegano jako okoliczność zaostrzającą wymiar kary z uwagi na sposób działania sprawcy. Jak duże znaczenie miało stwierdzenie dokonania kradzieży poprzez włamanie, może świadczyć obrona prowadzona przed krakowskim sądem w 1742 roku, w której obrońca opierał się na stwierdzeniu, że kradzieży dokonano *sine effractione*<sup>12</sup>. Istotnych informacji dostarczają także księgi sądowe miasta Lublina z przełomu XVII i XVIII wieku. Na 31 przypadków kradzieży z włamaniem powieszono 14 sprawców, 10 skazano na chłostę i publiczne wygnanie z zakazem powrotu pod karą szubienicy<sup>13</sup>. Było to najsurowiej karane przestępstwo spośród skierowanych przeciwko mieniu. Z kolei z *Regestru złoczyńców grodu Sanockiego 1554-1638* wynika, że tamtejsze sądy wszystkie przypadki kradzieży karały śmiercią – różnica była jedynie w sposobie jej wykonywania<sup>14</sup>. Zgoła inne wnioski można wysnuć jednak z lektury *Wyroków ławnicy sandeckiej z lat 1652-1684*, gdzie znajdujemy przypadki łagodniejszych kar wymierzanych za kradzież (por. przyp. 34). I tak w księgach sądowych Sąca można odszukać następujące zapisy:

Maciej Wyczka z Kobyla koło Starego Wiśnicza, pojmany z dwiema ukręconymi kłódkami i odstawiony do Nowego Wiśnicza 11 marca 1660, zeznawał (...), że puścił się do dworu (...), gdzie oderwali i potamali kłódki od spichlerza, a dostawszy się do środka, napełnili swe worki prosem i grochem. (...) Z tem poszedł na sąd Boski, powieszony na szubienicy, jako jawny złodziej<sup>15</sup>.

W tym przypadku sąd nie zastosował kwalifikowanej kary śmierci. Ale już wedle wyroku z 15 grudnia 1660 roku skazano niejakiego Stadnickiego na: „ćwierutowanie żywcem na cztery części” za to, że uczestniczył w zaplanowanym włamaniu z użyciem drabiny do domu swojego pana<sup>16</sup>. Z kolei za podkopanie się do komory i kradzież żupana skazano w 1663 roku Andrzeja

---

<sup>11</sup> B. Groicki, *Porządek sądów i spraw miejskich prawa majdeburskiego w Koronie Polskiej*, Warszawa 1953, s. 20. Na temat kar w prawie miejskim: M. Mikołajczyk, *System kar w prawie miejskim w Polsce czasów Oświecenia (na przykładzie Krakowa w II połowie XVIII wieku)*, [w:] *Z dziejów prawa*, cz. 1, red. A. Lityński, Katowice 1996, s. 103; M. Thomsen, *Kary na honorze w nowożytnym Toruniu*, [w:] „Rocznik Toruński”, t. 28, Toruń 2001, s. 51.

<sup>12</sup> M. Mikołajczyk, *Przestępstwo...*, s. 160.

<sup>13</sup> H. Łaszkiewicz, *Kary wymierzone przez sąd miejski w Lublinie w drugiej połowie XVII wieku*, „CPH”, t. 41, 1989, z. 2 [wyd. 1990], s. 141.

<sup>14</sup> K. Koranyi, *O kradzieży na podstawie Regestru złoczyńców grodu sanockiego 1554-1638*, Lwów 1925, s. 5.

<sup>15</sup> *Wyroki ławnicy...*, s. 20.

<sup>16</sup> *Ibidem*, s. 24.

Szurme na publiczną karę chłosty<sup>17</sup> i wypędzenie z miasta<sup>18</sup>. Wymiar kary zależał także od innych okoliczności, np. występowania zbiegu przepisów. Ławnica sądecka skazała na śmierć przez spalenie mężczyznę, który:

Zobaczył, że krata u kościółka św. Mikołaja poruszaną była (...), wyłamał kratę, wlażł oknem, pobrat obrusy, lichtarze cynowe, antependium z ołtarza, a z puszek 15 groszy<sup>19</sup>.

Istotne jest jednak, że podstawą skazania nie była kradzież niebezpieczna z włamaniem, ale świętokradztwo, traktowane tutaj jako zachowanie bardziej naganne<sup>20</sup>. Inne wnioski niosą jednak przy analizie ksiąg sądowych Lublina, gdzie świętokradztwo karane było śmiercią rzadziej niżli kradzież z włamaniem. Nie są to jednak wnioski kategoryczne ze względu na znikomy materiał do badań<sup>21</sup>. Popularną karą była także chłosta. Ta najczęściej stosowana kara cielesna miała być według badań W. Maisla orzeczona w 354 na 781 badanych przez niego przypadków<sup>22</sup>. Biorąc pod uwagę fakt, że kradzieże stanowiły średnio ok. 70% wszystkich przestępstw popełnianych w miastach, dojść trzeba do wniosku, że w grupie przestępstw karanych chłostą była także kradzież z włamaniem<sup>23</sup>. Warto zaznaczyć, że często nie była to kara samoistna, ale łączona z innymi dolegliwościami – pozbawieniem wolności czy wygnaniem z miasta.

Na kształt reakcji prawnokarnej w prawie miejskim znaczący wpływ miała *Carolina*, która w *Chłostie jako sposobie wymuszania* traktowała kradzież z włamaniem jako niebezpieczną:

Jeśli złodziej dla (...) kradzieży za pomocą włamania przedostanie się do czyjegoś mieszkania (...) niezależnie od tego, czy będzie to kradzież pierwsza czy druga, duża czy mała (...), powinien być karany przez powieszenie, a kobieta przez utopienie<sup>24</sup>.

---

<sup>17</sup> Szerzej o miejscu kar cielesnych w prawie miejskim: M. Mikołajczyk, *Kary cielesne w prawie miejskim w Polsce XVI-XVIII wieku*, [w:] *Miscellanea Historico-Iuridica Bialostocensia*, pod red. P. Fiedorczyka i A. Nowakowskiego, Białystok 1995, s. 71; W. Maisel, *Poznańskie prawo karne do końca XVI wieku*, Poznań 1963.

<sup>18</sup> *Wyroki ławicy...*, s. 25.

<sup>19</sup> *Ibidem*, s. 33.

<sup>20</sup> Por. jednak wyrok wydany przez sąd rugowy prawa wiejskiego: „gwałt uczynił cerkwi naszej, że powałe wyłomał y drabine spuścił do czerkwie, który miał czerkiew nasze złupić y wydrzeć” – wymierzona kara to 50 plag i poręczenie gromady; *Akta Sądu leńskiego wyższego w gródku goleskim (1405-1546)*, wyd. F. Piekosiński, [w:] *Starodawne Prawa Polskiego Pomniki*, t. 9, Kraków 1889, s. 356.

<sup>21</sup> H. Łaskiewicz, *Kary wymierzone...*, s. 141. Zwrócić uwagę należy na fakt, że stworzenie miarodajnych statystyk jest tutaj właściwie niemożliwe, gdyż rzadko kiedy spotyka się wyroki skazujące za jednokrotne włamanie.

<sup>22</sup> M. Mikołajczyk, *Kary cielesne...*, s. 76. Na temat roli chłosty w śledztwie: *Idem*, *Chłosta jako sposób wymuszania zeznań w procesie karnym miast polskich XVII-XVIII wieku*, [w:] *Studia z dziejów państwa i prawa polskiego*, red. A. Lityński, Łódź 2002, s. 211.

<sup>23</sup> O zmianach w stosowaniu kary chłosty w badanym okresie – M. Mikołajczyk, *Kary cielesne...*, s. 77.

<sup>24</sup> A. Dziadzio, D. Malec, *Historia prawa. Prawo karne w świetle źródeł*, Kraków 1997, s. 21.

Nie bez znaczenia także był fakt, że kradzież jako taka uważana była za przestępstwo hańbiące – szlachcic, który się jej dopuścił na terenie miasta, także skazywany zostawał na powieszenie<sup>25</sup>.

Na temat kradzieży szeroko rozpisywali się ówcześni przedstawiciele doktryny oraz praktycy sądowi, nie pomijając przy tym oczywiście kwestii kradzieży z włamaniem. Bartłomiej Groicki opisując okoliczności, „kiedy złodziej ma być męczon”, zwracał uwagę na ostateczność tej formy uzyskiwania zeznań<sup>26</sup> oraz podawał sposoby dowodzenia winy złodzieja na podstawie obiektywnych przesłanek<sup>27</sup>, jednak jeśli chodzi o sam wymiar kary, pisał wprost za *Sachsenspiegel*: „Złodziej ma być obieszon”<sup>28</sup>. Z kolei z innych prac Groickiego wynika, że śmiercią karana była dopiero trzykrotna recydywa<sup>29</sup>, ewentualnie kradzież zboża w celu sprzedaży<sup>30</sup>. W przypadku kradzieży z włamaniem Groicki zezwala na przeprowadzenie tortur, jeśli u osoby znaleziono

takowe instrumenta, którymi drzwi albo zamki, albo też skrzynie wyłamowane i odmykane bywają, zwłaszcza na tym miejscu i tego czasu, którego rzeczy jakie pokradziono, takowy każdy może być pojmany i z podejrzeniem męczon<sup>31</sup>.

Jakub Czechowicz, sędzia chełmiński, wyraźnie rozgranicza kradzież zwykłą od dokonanej z włamaniem, problematyce zaboru mienia poświęcając 8 artykułów swojej *Praktyki Kryminalnej*<sup>32</sup>. „Złodziejstwo z wyłamaniem lub wyłupieniem”, zwane inaczej kradzieżą połączoną z „efrakcją” stanowiło typ kwalifikowany ze względu na sposób działania sprawcy<sup>33</sup>. O ile kradzież prosta karana była na różne sposoby, w zależności od wartości rzeczy recydywy,

---

<sup>25</sup> W. Maisel, *Dawne polskie...*, s. 355. Celem lepszego zrozumienia pojęcia „honoru” w sensie, jaki należy przypisywać mu w ramach dawnego prawa karnego zob. także M. Thomsen, *Kary na honorze w nowożytnym Toruniu*, [w:] „Rocznik Toruński”, t. 28, Toruń 2001, s. 54.

<sup>26</sup> B. Groicki, *Porządek sądów...*, s. 191. Istniał zakaz torturowania określonych grup osób – szlachty, chorzych psychicznie, dzieci etc. Na temat tortur w prawie miejskim zob. także: M. Mikołajczyk, *O torturach w prawie miast polskich XVI-XVIII wieku*, [w:] *Z dziejów prawa*, pod red. A. Lityńskiego, cz. 7, s. 25. Na temat wymuszania zeznań po roku 1776 – *Idem*, *Z dziejów wymuszania zeznań w Polsce (na podstawie praktyki krakowskiego sądu miejskiego w II połowie XVIII wieku)*, [w:] *Problemy prawa karnego*, nr 21, Katowice 1995, s. 86.

<sup>27</sup> B. Groicki, *Artykuły prawa majdeburskiego; Postępek sądów około karania na gardle; Ustawa płacej u sądów*, red., wstęp i objaśnienia K. Koranyiego; przekł. tekstów łac. J. Sawickiego, Warszawa 1954, s. 114. Szerzej na temat środków dowodowych w prawie miejskim: M. Mikołajczyk, *Dowód z zeznań świadków w miejskim procesie karnym w Polsce XVI-XVIII wieku*, [w:] *Problemy prawa karnego*, nr 24, Katowice 2001, s. 187; *Idem*, *Z badań nad dowodem z opinii biegłych w procesie karnym miast polskich XVI-XVIII wieku*, [w:] *Problemy prawa karnego*, nr 25, Katowice 2004, s. 209.

<sup>28</sup> B. Groicki, *Porządek sądów...*, s. 199.

<sup>29</sup> Więcej na temat recydywy w prawie staropolskim – M. Kamler, *Recydywa w przestępczości kryminalnej w Polsce drugiej połowy XVI wieku i pierwszej połowy XVII wieku*, „CPH”, t. 44, 1992, z. 1-2, s. 123.

<sup>30</sup> B. Groicki, *Artykuły prawa...*, s. 44.

<sup>31</sup> *Ibidem*, s. 115.

<sup>32</sup> *Idem*, *Porządek sądów...*, s. 193.

<sup>33</sup> Z. Zdrójkowski, „*Praktyka kryminalna*” Jakuba Czechowicza: jej źródła i system na tle rozwoju współczesnego prawa karnego Zachodniej Europy, Toruń 1949, s. 82.

o tyle jeśli towarzyszyło jej włamanie, Czechowicz zalecał karę śmierci przez powieszenie, bez względu na wartość rzeczy<sup>34</sup>. Chociaż ten sposób wykonywania kary śmierci był typowy w przypadkach kradzieży, to sporadycznie w księgach sądowych pojawia się kara śmierci poprzez ścięcie<sup>35</sup>. Warto zwrócić jednak uwagę na fakt, że autor *Praktyki...* dość wąsko definiuje samo pojęcie włamania, które zaistniało dopiero, gdy „złodziej budynki, zamek drzwi i zamknięcia dobrze i mocno opatrzone, gwałtowną i największą siłą i mocą rozerwał i wyłamał”<sup>36</sup>. Dziwić może przede wszystkim, że za włamanie nie będzie uważane ostrożne wyjęcie szyby z okna, wydarcie strzechy itp. Czechowicz nie przewiduje kary powieszenia za usiłowanie kradzieży z włamaniem, kiedy pomimo przełamania zabezpieczeń, sprawca nie zabrał rzeczy<sup>37</sup>.

### 3. Prawo wiejskie a kradzież z włamaniem

Prawo wiejskie w znacznej mierze oparte było na magdeburskim; wynika to przede wszystkim z samej procedury zakładania wsi na prawie niemieckim. Nie można jednak lekceważyć wpływu orzecznictwa sądów miejskich, z reguły bardziej doświadczonych i cieszących się szacunkiem. Sądy wiejskie stosowały podobne typy kar, tak samo jak sądy miejskie i ziemskie zaliczały przestępstwa przeciwko mieniu do przestępstw ściganych na wniosek pokrzywdzonego. Z drugiej strony przez cały czas pewien zakres władzy prawodawczej nad wsią należał do jej właściciela. Należy pamiętać, że w okresie staropolskim własność ziemską łączyła się z uprawnieniami o charakterze sądowym.

Obok licznych podobieństw, można wykazać pewne zasadnicze różnice między nie tyle systemem prawnym miasta i wsi, co sposobem sprawowania wymiaru sprawiedliwości. Po pierwsze – prawo wiejskie było łagodniejsze, znacznie rzadziej stosowano karę śmierci. Wynikało to przede wszystkim z innego podejścia do kwestii karania. O ile w miastach wymiar kary rozumiany był retrybutywno-prewencyjnie, o tyle na wsi uwzględniano jeszcze przesłanki użyteczne. Chłopi podlegali bowiem ochronie ze strony sądów<sup>38</sup> i właścicieli ziemskich ze względu na pracę, którą wykonywali. Panom wsi, sprawującym nadzór nad sądownictwem, po prostu nie opłacało się stosowanie kary śmierci za stosunkowo drobne przewinienia<sup>39</sup>. Nie bez znaczenia był także fakt, że często sprawy kryminalne wyłączone były spod jurysdykcji

---

<sup>34</sup> *Ibidem*, s. 82.

<sup>35</sup> *Wyroki ławicy...*, s. 45.

<sup>36</sup> Z. Zdrójkowski, „*Praktyka kryminalna*”..., s. 82.

<sup>37</sup> *Ibidem*, s. 83.

<sup>38</sup> Na temat organizacji sądów wiejskich oraz procesu wiejskiego na przykładzie sądownictwa kresu muśzyńskiego: S. Płaza, *Doraźny sąd kryminalny klucza muszyńskiego (XVII-XVIII w.)*, [w:] „CPH”, t. 40, z. 2, Poznań 1988, s. 199. Należy zwrócić uwagę na fakt, że system wypracowany w kluczu muszyńskim był dość specyficzny.

<sup>39</sup> B. Baranowski, *Ludzie gościńca*, Łódź 1986, s. 33. Autor wspomina także o karze wyświecenia, stosowanej przez gromadę z inicjatywy właściciela wsi – pozwalało uniknąć to wydatków związanych z wynajęciem kata.

urzędów wiejskich, które nie mogły skazywać na karę śmierci i kary mutylacyjne<sup>40</sup>. Dlatego też stosunkowo rzadko w porównaniu do miejskich ksiąg sądowych spotykamy się z przypadkami powieszenia za dokonanie kradzieży z włamaniem przez chłopą na szkodę innego chłopą<sup>41</sup>. Zaobserwować można tutaj prymat kar cielesnych, z czasem coraz bardziej popularnych<sup>42</sup>. Oczywiście, zupełnie inaczej było w przypadku zamachu na mienie pana, o czym pisano wyżej. W księdze sądowej wsi Iwkowa można znaleźć następujący zapis:

[Oskarżony] w roku 1741 dnia 16 listopada (...) dobył się do komory Wojciechowi Zięciowi, tam znaczną poczyniwszy szkodę (...). Uważając na młodość jego i spodziewając się poprawy życia jego, nakazało ugodzić tegoż Wojciecha Zięcia, grzywien do kościoła pięć, dworowi pięć, prawu naszemu grzywien pięć, przez niedziel trzy krzyżem leżeć, płótno i owiec w reku trzymając. Także plag półtorasta na dalsze upamiętanie wyznaczyło mu prawo<sup>43</sup>.

Nawet mając na uwadze przemiany zachodzące w prawie polskim początku XVIII wieku, wedle prawa miejskiego tak łagodna kara nie mogłaby mieć miejsca.

W tym kontekście bardzo interesujący okazuje się sakralny aspekt kary za kradzież z włamaniem. Pokuta kościelna, coraz rzadziej stosowana w praktyce sądów ziemskich, na wsi przetrwała jako kara dodatkowa, właściwie do końca XVIII wieku, a wraz z nią przetrwać musiało wyobrażenie przestępstwa jako czynu grzesznego, godzącego w porządek boski<sup>44</sup>. Pokuta mogła przybierać rozmaite postaci, jednak w przypadku najcięższych przestępstw, do jakich należała kradzież z włamaniem, sprawca odbywał ją, leżąc przed ołtarzem, na kościelnej posadzce z rozpostartymi ramionami, niekiedy twarzą do ziemi. Pokutę odbywano w niedziele i święta wyznaczone przez sąd<sup>45</sup>.

---

<sup>40</sup> R. Łaszkowski, *Wymiar sprawiedliwości we wsiach województwa chełmińskiego w XVII i XVIII wieku. Organizacja sądownictwa i postępowanie sądowe*, Toruń 1974, s. 38. Przykład wyłączenia kradzieży z włamaniem spod jurysdykcji sądów niższych – J. Kwak, *Mieszkańcy Tarnowskich Gór przed sądem miejskim w początkach XVIII wieku*, [w:] *Z dziejów XVII i XVIII wieku. Księga jubileuszowa ofiarowana Profesorowi Michałowi Komarzyńskiemu*, Katowice 1997, s. 124.

<sup>41</sup> Często za okoliczność wyłaczającą zastosowanie kary śmierci uznawano braki formalne, taskę pana dworu czy prośby gromady: „spuszcza go iednak niniejszy sąd z rygoru prawa, ponieważ na niego criminaliter nie instiguię actor ani żaden w ukrzywdzonych konwencckich” – *Księgi gromadzkie wsi „Krowodrza” 1530-1782*, [w:] *Księgi sądowe wiejskie*, t. 1., wyd. B. Ulanowski, Kraków 1921, s. 630.

<sup>42</sup> M. Mikołajczyk, *Kary cielesne...*, s. 82.

<sup>43</sup> *Księga sądowa wsi Iwkowa 1581-1809*, wyd. S. Płaza, Wrocław, Warszawa, Kraków 1969, s. 251.

<sup>44</sup> J. Dicker, *Pokuta kościelna w prawie wiejskim polskim od XVI do XVIII wieku*, Lwów 1925, s. 3, 15.

<sup>45</sup> J. Dicker, *Pokuta...*, s. 10. Więcej o sposobach odbywania pokuty – S. Litak, *Kuna przy Kościele*, [w:] *Kościół, społeczeństwo, kultura. Prace ofiarowane profesorowi Wiesławowi Mullerowi z okazji pięćdziesięciolecia pracy naukowej i dydaktycznej*, pod red. J. Droba, Lublin 2004, s. 299. Oprócz pokuty, warto zwrócić uwagę na przysięgę oczyszczającą, jako element sakralny w procesie karnym. Tekst jednej z takich przysięg można znaleźć w księdze sądowej wsi Ptasek: „przysięgamy P. Bogu Wszechmogącemu w Trojcy S. iedynemu, N. Maryi P. y wszyscy Święci, iz ani nie wiemy anismy słyszeli, ktoby ich ukradł aniśmy sami ukradli (...), y tak prawdziwie przysięgamy, aby z naszych kości ciało spadło, aby się krew w nas psuła, abyśmy taskę boską na wieki stracili, społecność ze świętymi wybranymi w niebie, a otrzymali towarzystwo z diabłami w piekle, tak nam Panie Boże dopomóż” – *Księgi gromadzkie wsi „Ptasek” 1517-1793*, [w:] *Księgi sądowe wiejskie*, t. 1., wyd. B. Ulanowski, Kraków 1921, s. 582.

Druga różnica między prawem wiejskim i miejskim wynika ze szczególnych regulacji ustalanych każdorazowo przez panów wsi, a nakazujących zgłoszenie dworowi popełnienia pewnych przestępstw, w tym i kradzieży z włamaniem. W wiejskich księgach sądowych zachowało się wiele zapisów, nakładających kary na osoby, które nie zgłosiły kradzieży odpowiednim organom, pomimo że miały o takim zdarzeniu potwierdzone informacje. Ponadto często przekazywano sądom wiejskim jednania, kiedy proces toczył się o kradzież<sup>46</sup>. Nierzadko zdarzało się także, że sprawy kradzieży w ogóle były wyłączane spod jurysdykcji sądów wiejskich (urzędów wiejskich) i przekazywane od razu do wyższej instancji – sądów zamkowych, do których należały sprawy bezpośrednio dotyczące dominium<sup>47</sup>.

Kończąc, należy zaznaczyć, że w prawie wiejskim mamy do czynienia z daleko posuniętą różnorodnością reakcji karnej – wynika to przede wszystkim z wpływów głęboko zakorzenionego na wsi prawa zwyczajowego oraz ciągle obecnych motywów sakralnych, przyjmujących postać chociażby kościelnej pokuty. Prawie każdy klucz czy wieś wypracowały przez lata własny system rozwiązywania sporów zaistniałych w gromadzie.

#### 4. Wnioski

Z ustaleń zawartych w pracy wysnuć można szereg bardziej ogólnych spostrzeżeń:

1. koncepcja kradzieży z włamaniem nie jest polskim wynalazkiem, ale stanowi część dorobku prawnego, wypracowanego na bazie niemieckiego prawa magdeburskiego;
2. tak określony typ czynu zabronionego nie został jednorazowo wprowadzony do systemu prawa wiejskiego czy miejskiego, ale jest owocem orzecznictwa sądów, które w pewnym momencie historycznym zaczęły traktować włamanie dokonane przy okazji kradzieży jako okoliczność zaostrzającą reakcję karną;
3. kradzież z włamaniem stała się w tym okresie najsurowiej karanym przestępstwem przeciwko mieniu, w dodatku dość powszechnym;
4. pomiędzy prawem miejskim i wiejskim zachodziła zasadnicza różnica w stosowaniu norm – zwłaszcza zaś w sposobie karania; miało to związek z sytuacją społeczno-gospodarczą wsi, gdzie sprawca przestępstwa często stanowił cenną siłę roboczą i po prostu nie opłacało się stosować wobec niego kar mogących powodować śmierć lub trwałe kalectwo.

---

<sup>46</sup> R. Łaszewski, *Wymiar sprawiedliwości we wsiach województwa chełmińskiego w XVII i XVIII wieku. Organizacja sądownictwa i postępowanie sądowe*, Toruń 1974, s. 28.

<sup>47</sup> *Ibidem*, s. 36.



Referaty zostały wygłoszone na organizowanej przez Sekcję Prawa i Postępowania Administracyjnego TBSP UJ międzynarodowej konferencji naukowej „Międzynarodowe aspekty prawa administracyjnego”, która miała miejsce w Krakowie na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w dniach 18–20 marca 2011 r.

These lectures were presented at an international scientific conference organized by the Section of Administrative Law and Proceeding TBSP UJ at Faculty of Law and Administration UJ in Krakow on 18–20th March 2011 „International Aspects of Administrative Law”.

## Cross border health care: essay on the ruling of the Court of Justice of the Communities: 15<sup>th</sup> of June 2010, c-211/08

### 1. The de facto hypothesis and the national rules of application

In the following paper, various aspects of the law relating to cross-border health care assistance on the part of community institutions will be analysed. Those institutions seek better regulation among health care systems as a consequence of traffic between both patients and professionals<sup>2</sup>. The ruling that is stated in the text is a continuation of a series of statements that have culminated in the approval of the Directive on Cross-Border Health Care of the 19<sup>th</sup> of June 2010, which to a great extent are included in the thesis maintained by the tribunal.

The failure of that statement shows that given that the intention of the European Union is to coordinate national laws on social insurance, not harmonization, when providing unplanned hospital care in a member state other than that of membership, The latter State is not required to reimburse the patient expenses that are charged to the same, in the State in which assistance has been dispensed. That is, there is no right of reimbursement of expenses that must in any case be borne by patients depending on the level of coverage in force in the member state in which hospitalization occurs.

-----

<sup>1\*</sup> *Research Scholarship of the University of Castilla-La Mancha.*

<sup>2</sup> ALVAREZ GONZALEZ, E.M., „The right to Sanitary Cross-border Assistance „, *Law and Health*, volume 18, I number 2, July – December, pg. 21.

The statement of the Court of Justice of the European Union is published on the occasion of an appeal lodged against Spain on behalf of the European Commission. Concretely, following a suit filed with the commission by a French citizen residing in Spain and affiliated with the Spanish Social Security System who must pay certain expenses to Spain if he/she is hospitalized during a stay in France. Subsequently, the citizen requests the reimbursement of expenses from the Spanish Social Security System for those costs which, according to French law should be paid, in all cases, by the patient. That is to say, those costs outside of those paid by the French health care system. The Spanish institution is denied due to the invoking of the Spanish Regulation which

does not contemplate the possibility that a member of the National Health Service would obtain, by the competent Institution, the reimbursement of medical expenses generated out of the above mentioned system, except in exceptional circumstances at the time, foreseen in Article 5 of the Royal decree 63/1995 (F.J. n 22).

The Spanish State adds that to attend to such refunds would alter the financial balance of the National Health Service, criterion refuted by the Tribunal on having understood that such reimbursements cannot have a significant impact on the global financing of a system of National Social Security (F.J. n 24 and n 57).

The national framework of application is harbored in a plurality of regulations of different nationality, nevertheless the reflections of the Tribunal are included in Law 16/2003 of May 23, of the cohesion and quality of the National Health Service, and to its standard development across the Royal decree 1030/2006, of September 15, by which there is established the portfolio of common services of the National Health System and the procedure for its update. Specifically, this is mentioned in Article 4, paragraph 3, of the Royal decree 1030/2006 which states that

the portfolio of common services will only be facilitated by centers, establishments and services of the National Health System, public or public/private partnership, except in situations of vital risk, when one justifies that they could not be utilized by the National Health Service.

In those cases of urgent, immediate, health care assistance and vital character that have been dealt with outside of the National Health System, the expenses will be reimbursed, and once verified that the services could not be used appropriately and that they do not constitute a deviant or improper utilization of this exception. All this without prejudice of what has been established in the international agreements in which Spain is a part or in regulatory procedure of Internal Law of the Health Service in suppositions of provision of services abroad.

The interpretation defended by the Spanish institutions would imply that a member of the Spanish Health System would only have the right to reimbursement of part of the cost of the

treatment not covered by the intervention of the institution of the Member State, in the cases of urgent health care, immediate assistance and of vital character,

once verified that the services could not be used appropriately and does not constitute a deviant or improper utilization of this exception.

Precisely this thesis is maintained by the Kingdom of Spain, provoking that in the writing of the Commission of July 19, 2007, one affirms that Spanish regulation was in contradiction to Article 49 CE, and urging the State to adopt the correct methods necessary in the space of two months.

## 2. The community regulations related to the application of the rules of social security

The community regulation recognizes the employed or self-employed worker should satisfy the conditions demanded by the legislation of the proper State to have the right to benefits, and whose condition needs services, to pay in kind so that they are necessary from a medical point of view during a stay in the territory of another Member state, taking into consideration the nature of the services and the duration foreseen of the stay, the right

to the services pay in kind is served by, at the expense of the proper institution, the institution of the place of stay [...], according to the regulations of the legislation that this one applies, as if it was affiliated to the institution, there being regulated the duration of the service or services by the legislation of the proper State [art 22.1. A) and i), I Regulation n° 1408/71]<sup>3</sup>.

In addition, the assistance to pay in kind served by the Sanitary institution of a Member state at the expense of the institution of another Member, will give rise to the reimbursement of the complete expense, applying this right by analogy to the students and family members when necessary (art. 34 bis and 36.1 I Regulate 1408/71).

In developing this regulation the Administrative Commission for the National Health Service of migrant workers, in a Decision of December 17, 2003, relative to the uniform application of the clause i) of the letter a) of the paragraph 1 of the Article 22 of the Regulation n° 1408/71 of the Council in the Member State of permanence<sup>4</sup>, specifies the application of the

---

<sup>3</sup> Regulation (EEC) n° 1408/71 of the Council, of June 14, 1971, relative to the application of the system of social security to the state employed and unemployed workers, to their families that move inside the Community, its updated and modified version by the Regulation (EC) n° 118/97 of the Council, of December 2, 1996 (DO 1997, L 28, p. 1), its modified version by the Regulation (EC) n° 1992/2006 of the European Parliament and of the Council), 18 December 2006 (DO L 392, p. 1).

<sup>4</sup> DO 2004, L 104, p. 127.

Art.22 of the Regulation 1408/71. Specifically it defends that the community regulation cannot be interpreted “so that chronic or preexisting diseases are excluded” and that

the concept of “necessary assistance” cannot provoke that these services limit themselves only to the cases in which the offered assistance is necessary due to a sudden disease. In particular, the fact that the treatment resulting in being necessary due to the evolution of the state of health of the insured person during his or her temporary stay in another member state could be related to a preexisting pathology and known by the policyholder, as for example a chronic disease, does not mean that the application conditions are not fulfilled by these regulations (F.J. n° 9).

Singularly it is specified that the health care of the person is covered by the protection of Art. 22 where it is mentioned that health care necessary from the medical point of view that is offered to an immigrant who is temporarily in a member state, with the aim to prevent him/her returning prematurely to the proper state in order to obtain the treatment that said person needs, before the end of the foreseen stay (point 1 and 2 of the Decision n. 194)<sup>5</sup>.

3. Distinction between “planned assistance” and “unplanned assistance” as determinant criterion in the argumentation of the court of justice

The Court finds of great relevancy, justifying the ruling in this aspect, that health care contemplated in Art. 22 is comprised of two well differentiated modalities. On one hand, we find the planned assistance defined [art.22, 1, c)] in that the subject moves to the territory of another State to receive a health care, in which the policyholder could have obtained an estimation of the global cost of the hospital treatment in question, in the shape of a budget, which allows him/her to compare the applicable levels of coverage, respectively, in the member state in which he/she has intention of being hospitalized and in the member state of affiliation (F.J. 62). This hypothesis is completely different from the cases in which the policyholder moves to another member state with a tourist or educational purpose, meanwhile in the course of the stay some unforeseeable incident of a health character results in medical attention. In this respect, the community regulation does not guarantee neutrality with regard to all the health services covered by the diverse national systems, being important to indicate that the aim of the community regulation in the matter is of coordinating the national legislations of social security, and therefore health care, but not to harmonize them<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> It must be mentioned that with the cited Regulation, the matter of community ruling is found in Regulation (EEC) n° 574/72 of the Council, of March 21, 1972, by which there are established the models of application of the Regulation n° 1408/71, in the modified version and updated by the Regulation n° 118/97, in its modified version by the Regulation (CE) n° 311/2007 of the Commission, of March 19, 2007 (DO L 82, p. 6). Specifically in Art. 2.1, one gives nationalization papers in the form E-111, nowadays replaced with the sanitary European card.

<sup>6</sup> The fact that member states enjoy autonomy in establishing their political health policies in their own

The relevancy of this distinction takes root in the fact that the guarantee of the right to the reimbursement of the eventual positive differences between the level of coverage of hospital assistance of different member states „ can induce the policyholder to resign to the treatment projected in another member state, which supposes an obstacle to the free provision of services, as the Court of Justice declared “Vanbraekel and others and Watts” rulings (F.J.63). Precisely it will be the violation of this recognized principle in the Art.49 CE, allowing the Tribunal to review Spanish regulation.

Specifically the Spanish Government invokes that the Spanish regulation suitably deals with situations of unplanned assistance, in a way that grants a proper coverage adapted to the cases of temporary stay by circumstances linked to the urgency of the situation, to the gravity of the disease or to the accident.

#### 4. The application of the principle of free service provision in the health area

In principal terms the Court determines that health care must be considered a service subject to the free provision of services<sup>7</sup> (F.J. 47y ss.). In fact, from the diverse rulings of the Court it is clear that within this concept either services given in consultation or those given in hospitals must be included.<sup>8</sup>

With respect to the specific content of the ruling, it is underlined that the regulation established in the mentioned Art. 22, tries to prevent that a policyholder is obliged to return prematurely to the member state of affiliation to obtain the medical assistance that he/she needs, offering him/her the right of access to medical treatment in the territory of stay in conditions of coverage as beneficial as those that the natives enjoy in their country. Nevertheless, this assumption of unplanned assistance applies a lack of certainty, regarding that the tourist or

---

organizations is well known and includes management and assignment of resources and for assumed provision of services. This autonomy is recognized by Art. 168.7 of the Treaty on the functioning of the European Union.

<sup>7</sup> „47. With regards to medical services, it must be remembered that, according to repeated jurisprudence of the Court of Justice, the medical benefits distributed are stipulated as exchange for a remuneration included in the area of application of the relative regulations to the free provision of services, including the assistance given out in a hospital framework (there has been seen, in this respect, the judgments Watts, before mentioned, paragraph 86 and mentioned jurisprudence, and of April 19, 2007, Stamatelaki, C 444/05, Rec. p. I 3185, paragraph 19). For the rest, a medical benefit does not lose its provisional standing of services with effects of Article 49 CE because the patient requests from a National Health Service that pays for the expenses after he has paid the treatment received to the foreign lender of services (see the judgment Watts, before mentioned, paragraph 89 and mentioned jurisprudence cited)”.

<sup>8</sup> According to detailed study of cases Kohll, of April 28, 1998, Geraets and Peerbooms, of July 12, 2001, and Watts of May 16, 2006, in: CANTERO MARTINEZ, J., „ The cross-border health care in the European Union: Between health citizenship and rules of market „, in GASCON ABELLAN, M./STONE-CUTTER MARTINEZ, J./GONZALEZ CARRASCO, C., (coords.), Questions of Health Law and Bioética, Tirant lo blanch, Valencia, 2011, pages. 12 and ss. In an opinion of the same authorship, before this doctrine it was understood that the health care “was staying directly out of the area of the community dispositions(regulations) relative to the free provision of services the Regulation was ruled entirely 1408/71”, pg. 12



student, for example, is going to need health care and of which type. Also, chronic diseases, or the situation of community citizens of advanced age, fulfill this unpredictability since in spite of running a major risk that his/her health deteriorates, only in certain assumptions they are going to need hospital treatment during the temporary stay in another state.

Implementing this reasoning to the assumption, the Court understands that

it turns out to be too random and indirect the fact that the members to the Spanish system of health could be urged to move forward his/her return to Spain to receive the necessary hospital assistance due to the degradation of his/her state of health during a temporary stay in another member state or renouncing travelling, for example, with tourist or study purposes to the above mentioned member state, because of not being able to take into consideration, except in the foreseen assumption in Article 4, paragraph 3, second sentence, of the Royal decree 1030/2006, with a complementary intervention of the proper institution in case the cost of an equivalent treatment in Spain was above the level of cover applicable in another member state.

Of all this, the Court concludes that the denounced Spanish regulation does not hinder the free provision of services of hospital care, tourist services or educational services.

In conclusion, the Court observes that the mechanism of reimbursement between the affected institutions is based on a system of “global compensation of risk”, because of assumptions of unplanned hospital assistance, when the member state of affiliation assumes a higher economic cost than that which would correspond if such services had been given in one of its establishments,

they are compensated globally by the cases in which, on the contrary, the application of the rules of the member state of stay has as a lower resulting financial cost in the member state of affiliation than the one that would have been applied by its own legislation regulation for the hospital treatment which is necessary

Consequently the Court proceeds to scorn the appeal in which the Kingdom of Belgium, the Kingdom of Denmark, the Republic of Finland and the United Kingdom acted as co-helpers.

## 5. Conclusions

The commented ruling is a manifestation of the tension of opposite interests between the preservation of purely economic freedoms, such as the free provision of services and social rights as it is the right to health care. In fact this ruling is a continuation of a series of pronouncements in this way that have finally been materialized in the recent Directive of application of the rights of the patients in the cross-border health attention, of January 19, 2010.

In this way, two systems of coordination of the regulation proceeding from the member states coexist, so that the application of the Directive or the Regulations of the Union of exclusive form must be realized without depriving the patient of the major benefits that the Regulations recognize, in case the conditions for his/her application for a specific assumption are fulfilled<sup>9</sup>.

In spite of any interpretive activity, what turns out to be undeniable is that beside the community declaration recognizing the ability of the member states to organize their social security systems, “in the development of the above mentioned ability, the member states must respect the Law of the Union, especially the regulations relative to the free provision of services” (F.J.53), the consequences of this distribution suppose that the principle of equality and universality in the access to health services in some member states they remain seriously committed “every time the access to health care provision is conditioned by the economic capacity of the patient, the latter will have to take charge directly of the travel expenses and of the treatment before requesting the reimbursement”. In addition, in this process of coordination they can also turn injured persons rights relative to the management of the medical attention based on the public monopoly of the health care<sup>10</sup>.

The analyzed ruling insists, in diverse moments, on the importance of the respect of the principle of free provision of services, not only medical services, but also in tourist or educational (F.J. 51 and 52), without observing that such application can reduce the standard of rights recognized by the natives of certain member states.

---

<sup>9</sup> CANTERO MARTINEZ, J., *op. cit.*, p. 21 The doctrinal opinions concerning the proposal of the Board have been on occasions quite critical; SEVILLE PEREZ, F., claims, „ the Community tries to regulate Sanitary attention in Europe, bearing the rules of the market in mind as the unique base, forgetting the tradition of all the European health systems „, in „ Managerial proposal of application of the rights of the patients in cross-border health care „, *Magazine of Sanitary Administration*, 2009; 7 (4), pg. 551.

<sup>10</sup> CANTERO MARTINEZ, J., *op. cit.*, pages. 29 and 30

## Toward a European regulatory scheme for the promotion of green power: ensuring energy supply, environmental protection and sustainable development<sup>2</sup>

### Abstract

Energy policy did not reach the level of common European policy until the implementation of the Treaty of Lisbon in 2007. For this reason, energy policy measures had to be made under other auspices, such as environmental policy, trans European networks or internal markets. In this context, Directive 2001/77/EC “on the promotion of electricity produced with renewable energy” has been very important in encouraging Member States to establish national support systems compatible with internal markets. The setting of objectives, the reform of administrative procedures, the guarantee of origin of electricity, access to transportation and distribution networks and, above all, mechanisms to support green power prices have encouraged the development of renewable energies in many countries. But not equally in all countries or for all technologies, given the diversity of national systems, natural resources in each and their stage of development

-----

<sup>1\*</sup> Administrative Law Professor, University of Castilla-La Mancha (Spain).

<sup>2</sup> Text of paper presented at the International scientific conference „International Aspects of Administrative Law”, held at the Jagiellonian University, Krakow (Poland), 18 to 20 March 2011. This work has received research support from the Spanish Ministry of Science and Innovation (der2010-21 430) for the project entitled „The impact of climate change on European water policy, transportation and energy and their impact on the Spanish legal system”.

Even if the required reforms are still far from being finished, the results have generally been very positive and Europe has achieved global leadership in this sector. Directive 2009/28/UE tries to give new impetus to such policy, opting for a more coordinated approach to genuine harmonization.

However, at present, there is a withdrawal of these national policies, because governments feel compelled by pressure from interest groups that use the economic crisis as an argument. This stop can disrupt the progress made and truncate the consolidation of renewable energy. Just at the point when technologies such as wind and photovoltaic solar were achieving superior levels of efficiency. In my opinion, the reasons behind this policy are still valid and recent international developments show that they should not be forgotten. Therefore, I consider that the EU should go further and establish a harmonized regulatory scheme to support renewable energy. Even more so now that the Lisbon Treaty provides a statutory basis

#### 1. Origin and background of the renewable energy policy in the european union

The situation of renewable energy in Europe was addressed in a specific way for the first time in a Green Paper presented by the Commission in 1996, then again in 1997, in a White Paper laying down a strategy and a community action plan.

The promotion of these energy sources as a priority is justified by the fact that their chances of exploitation are underutilized because of the existence of many powerful barriers to entry. This despite the fact that they significantly contribute to the overall objectives of energy policy: security of supply, economic competitiveness and environmental sustainability. This is clean energy that does not cause pollution, (particularly greenhouse gases), and whose sources are inexhaustible and safe. Because they are not imported, they avoid dependency on external events. And in addition, it is an opportunity to create new businesses and jobs.

These collective benefits, so to speak, are not sufficient by themselves to ensure the production of green electricity and the subsequent distribution to points of consumption. As with other energy sources developed in the past, government support is deemed necessary not only in the form of direct subsidies or indirect aid.

The challenge for the Union has been, and is, that these public support systems in place by Member States in many ways function within the internal market principles, that is, competition between companies and the competitiveness of the economy.

One of the first fruits of this policy was Directive 2001/77/EC, “on the promotion of electricity produced from renewable energy sources”, non-fossil energy such as wind, solar, geothermal, tidal, hydro, biomass, biogas, landfill gas, and gas purification plants.

This Directive and Directive 2003/30/EC “on the use of biofuels for transport” have been partially repealed by Directive 2009/28/EC on April 23. Also, both will be permanently repealed on January 1, 2012.

For its part, Directive 2009/28/EC is a common framework for the promotion of energy from renewable sources, including biofuels and also bio liquids, i.e. fuels produced from biomass, which are used for transportation or other different energy uses.

But, before going further, let’s see the „constitutional framework” in which these regulations arose.

## 2. The power in the original treaties and evolution

From the legal point of view it seems right that we look first to the Treaties that such policy has developed, and then, to get the current scenario, in which the consolidation of the UE energy policy converges decisively with the fight against the warming of Earth’s climate.

The original UE treaties did not recognize energy as a common policy, since States would not give up, at that time, this area of national sovereignty. Each of these treaties was to serve a limited purpose and each has different approaches. Energy policy was in the origin of the European Community, it is true, but in a partial way.

First, the Treaty of Paris of 1951 established the European Coal and Steel Community, in order to integrate the markets for these products, vital for the economic reconstruction of Europe and strategic for military defense. The ECSC tried to rationalize the exploitation and exchange of these products between member countries.

Then Treaty of Rome of 1957 created the European Atomic Energy Community and promoted cooperation for the development of this energy for peaceful purposes. This treaty tended to liberalize the market for radioactive minerals and establish the security of the facilities.

All other products (oil, gas, electricity, etc.) were subject to an overall integration scheme established by the Treaty of Rome of 1957 which established the European Economic Community.

At the level of the EEC Treaty, the ability to adopt measures on energy would not be recognized until the Treaty of Maastricht in 1992 (TEU), which established that to achieve the general goals of the EU, the action of the Union shall apply „measures in the field of energy.”

By not reaching the rank of common policy within the exclusive competence, the intervention of the Union on this subject had to respect the principle of “subsidiarity”. The regulation of EC has remained fragmented until now because the lack of regulatory powers.

That said, we must add that energy policy has a marked relationship with many other policies. The Treaty on the European Union highlighted two. First, the trans European networks. And second, environmental policy, which is particularly strong for renewable energy and, in particular, has legitimized the above Directives.

### 3. The new energy policy for Europe and its consolidation in the Lisbon Treaty of 2007.

It should be noted that 2007 was key to the definition at the highest level of so-called New Energy Policy for Europe and, in particular for renewable energy, which was capped by the Treaty of Lisbon, amending the Treaty establishing the European Union and the Treaty establishing the European Community.

In summary, the steps that have allowed this policy were set:

- The so-called „energy package” of the Commission: five Communications Commission to the European Council and Parliament, which formed the basis for the European Council held in Brussels on March 8 and 9, 2007.
- This summit focused on energy policy and gave approval to a Plan of Action of the European Council (2007-2009) entitled „Energy Policy for Europe”. The innovative approach which emerged from this summit is to integrate energy policy and climate policy, and both must walk hand in hand.

The European Council Conclusions of 2007 made the commitment to reduce CO<sub>2</sub> emissions in 2020 by 20%, potentially reaching 30% (returning to the level of concentration of CO<sub>2</sub> of 1990) if it is assumed by the other industrialized countries.

On the other hand, the 2007-2009 Action Plan presents a broad package of measures including the completion of binding targets for 2020 of 20% use of renewable energies in total energy consumption and 10% biofuel in transportation.

For its part, in a resolution of September 25, 2007 the European Parliament asked the Commission to submit a proposal for a legal framework for the renewable energy sector. Most of these ideas and proposals are reflected ultimately in Directive 2009/28/EC of April 23, promoting the use of energy from renewable sources.

This process has its culmination in the Treaty of Lisbon in 2007, which includes a new and specific chapter for energy policy:

- First, it introduces energy as a shared-competence between the Union and States. Energy gets the same range as agriculture, fisheries, transport, among others.
- This policy is framed by the internal market, environmental protection and solidarity among Member States.
- The objectives will be the functioning of an internal market for energy, ensuring security of energy supplies, encouraging efficiency, savings and development of new and renewable energies, and the interconnection of energy networks.
- Measures to achieve these objectives will be taken by the ordinary legislative procedure, i.e. by the Parliament and the Council, after consulting the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions.



The new treaty respects the right of each Member State to decide the conditions for exploiting its energy resources, choosing between the different sources and the overall structure of supply.

However, the Council may take action affecting the rights of States, in particular when they are of a fiscal nature, while acting unanimously after consulting the Parliament.

This is especially to deal with supply problems, in a spirit of solidarity between European countries.

We conclude that the Lisbon Treaty has given the desired status of shared and common policy to energy. Its premises, goals and qualifications condense the “acquis” over many years in the shadow of other policies. So, the promotion of renewable energies becomes a European target of the highest rank.

#### 4. Analysis of 2001 and 2009 directives on green power

##### a) Objectives: promotion of renewable energy and a future Community framework

Directive 2001/77/EC aims mainly to encourage the production of electricity from renewable non-fossil energy. And as a long term goal, it also aims to lay the groundwork for a future Community framework for systems to support green electricity.

This Directive points out five specific means, namely:

- Setting national indicative targets (Article 3),
- Evaluation of support systems (art. 4),
- The establishment of guarantees of origin of green electricity (Article 5)
- Simplification and streamlining of administrative procedures (Article 6)
- The producers' access to transportation and distribution of energy networks (Article 7).

Besides influencing these aspects, Directive 2009/28/EC introduces new definitions and other regulatory elements, such as rules on transfer statistics between Member States, the possibility of joint projects between them and also with third countries, the public information and training of professionals, in addition to defining sustainability criteria for biofuels and bio liquids which benefit from support measures.

##### b) National targets: from indicative to binding

A first step envisaged by the 2001 Directive was to establish the objective that 22'1% of European electricity consumption could be served by renewable sources by 2010, although this was reduced to 21% when it came to the EU enlargement of Twenty-five.

Also each country would mark a national indicative target. In particular, for Spain the RES-E target set for 2010 was 29'4%, taking into account that in 1997 the share of green electricity in total gross consumption was 19.9%.

Within the new Directive 2009/28/EC, these indicative targets are replaced with binding targets, designed to reassure investors and promote the continued development of renewable technologies.

In particular, the EU target of 20% translates into individual goals for States, through an equitable allocation that takes into account the starting points with reference to 2005. For Spain this binding target is set at 20%.

Instead, it sets the same target of 10% renewable energy (and not just biofuel) in transport for all Member States alike.

#### c) Systems to support green electricity

In relation to public aid for green electricity, the Union is faced with a dilemma. It is clear that different countries have applied different support mechanisms to these energies, such as green certificates, investment aid, tax rebates or exemptions and direct price support. These measures differ according to national security priorities of supply, local employment, reduced emissions and technology support, based in turn on their financial situation, development status and other circumstances.

Most of them, including Spain, have established a guaranteed price system by fixing a special price for green electricity producers and requiring network operators to buy the power supply. The price is usually guaranteed for a lengthy period of time to encourage investment in new production plants. Remuneration rates act on the offer and promote the entry of green electricity in the market.

But we cannot ignore that the direct or indirect subsidies received by producers of green electricity could be illegal if they are considered State aid incompatible with the common market (art. 87 and 88 TEC), or restrictive trade measures (art. 28 TEC).

However, the Court of Justice of the European Community has no objection on that basis.

A good example is the case "PreussenElektra", on the validity of the German regulations imposed on the suppliers and distributors forced to buy electricity generated by renewable energy facilities at a political price (ECJ judgment in 13 March 2001 (C-379/1998)).

The ECJ is aware that national rules are intended to encourage the use of renewable energy and reduce emissions of gases that cause the climate change that the Union and Member States have set out to combat. Also under the Treaties, environmental policy must be integrated into the definition and implementation of other Community policies. And finally, it is the Directive on the internal electricity market that, in response to those grounds is authorized to give priority to such energy.

It is easy to predict that the Union sooner or later will have to regulate national support schemes, to adapt to the internal electricity market. But in the meantime, it is important to ensure the proper functioning of these mechanisms, in order to maintain investor confidence and not to compromise the fundamental objective of the Directive.

In spite of its title, Directive 2009/28/EC does not become the framework of national support schemes, since it is a mandate to the Commission by 2011 to submit a plan to improve funding using Structural Funds, the framework programs, funds from the European Investment Bank and other public financial institutions (art. 23.7).

The new Directive reaffirms, of course, the need to maintain public support systems to achieve the expansion of green power as electricity prices do not reflect all the costs and environmental and social benefits of the sources used.

#### d) Guarantee of origin of green electricity

Directive 2001/77/EC ordered the Member States to create systems to guarantee the origin of green electricity that would allow producers to demonstrate this fact, with the dual aim of facilitating trade in electricity and providing transparency to the election of consumers (art. 5).

Thus, public campaigns and traders may boost demand for green electricity consumers, which in turn encourages investment in these technologies and production capacity.

Following the Directive, Member States should ensure that the guarantee of origin is accurate and reliable, indicating the specific source, date and place, with objectiveness, transparency and non-discrimination. They also have to designate which body independent of the generation and distribution activities will oversee the issuance of guarantees.

The need to regulate these guarantees in Spain was revealed in an interesting report by the National Energy Commission of 23 March, 2004. It recommended the speedy implementation of the Directive to prevent the marketing of „green certificates” by certain companies through strong misleading advertising campaigns.

In Spain, the guarantee of origin of electricity from renewable energy sources has finally been approved by Ministerial Order of 24 May 2007.

Guarantees of origin covered by Directive 2009/28/EC also have the function of showing the consumer that a certain amount of energy was produced from renewable sources. While they can be transferred from one producer to another, they can't be counted twice, making States accountable for overseeing the issuance, transfers and cancellations of these guarantees of origin, which may only be used within twelve months after production, and in no case, after being used (art. 15).

f) Administrative procedures

The regulatory and administrative framework of the electricity sector existing in the different European countries has been determined by an industrial structure based on a small number of large plants. Spain is a good example of this. Administrations are used to contending with a few very powerful companies. However, renewable energy facilities are smaller, dispersed and growing in number; hence the approval procedures and requirements can be a barrier to those promoting the construction of these facilities, especially for small and medium enterprises.

Indeed, time, personnel, expenses of the paperwork necessary to obtain administrative permissions are factors that influence the economic viability of new power plants. It can frustrate these projects directly, when imposing requirements that are only available to large companies and discouraging beginning entrepreneurs. Or when the Administration reserves a discretionary power to grant licenses on the basis of criteria impossible to verify and monitor. This causes mistrust and insecurity among the entrepreneurs not linked to the corridors of government.

Hence, the Directive 2001/77/EC postulated an adaptation of the rules and procedures, believing that the simplification and speed would encourage investment in renewable energy plants.

The Directive called on Member States to assess the procedures and requirements necessary to authorize the construction and operation of plants producing green electricity, with the aim of reducing barriers, simplifying and streamlining processing. They should also ensure that all rules are fair, objective and transparent.

Nine years later, the Directive 2009/28/EC notes that the lack of transparency and coordination between different authorization agencies is hindering the development of renewable energies. Hence, it requires, once again, that the authorities take into account the peculiarities of this sector and review the licensing procedures for construction and operation of green electricity plants.

It insists, therefore, in the rationalization and simplification of administrative procedures and the transparency of the schedule. New is the possibility of replacing the authorization by a simple notice to the authority, when it comes to smaller facilities (art. 13).

g) Grid system issues

Green electricity is often produced in small dispersed facilities such as small hydroelectric, solar or wind farms. To build broadly to transfer from each of these sources to consumption centers is impractical for economic, technical and environmental reasons, among others.

It is essential therefore that they can connect to existing networks with feasible technical conditions at a reasonable cost.

In this regard, the Directive provides that Member States establish regulations or take steps to require operators of transportation and distribution systems as follows:

1. To ensure the transportation and distribution of green electricity by establishing, where appropriate, priority access to the grid system, to the extent that the functioning of the national electricity system permits.
2. To establish and publish standard rules relating to the costs of technical adaptations, such as grid connections and reinforcements that are necessary for integration into the interconnected network of a new producer of green electricity. Where appropriate, States could require operators to take on all or part of these costs
3. To develop and publish rules governing the distribution of the costs of the facilities of the system between all producers benefiting from them.
4. To facilitate the new producer with a comprehensive and detailed estimate of the costs of connecting to the network, allowing producers to tender the connection work.
5. The tolls for transportation and distribution cannot discriminate against green electricity, especially if it is produced in peripheral regions and sparsely populated areas. Therefore, the standard rules on switching costs and cost sharing must be based on objective, transparent and non discriminatory criteria and take into account all costs and benefits associated with the connection of these producers.

Directive 2009/28/EC maintains the importance of priority access and guarantees for the integration of renewable energy in the internal electricity market, so they can sell the green electricity produced at all times.

Moreover, States have to develop the transport and distribution infrastructure, intelligent networks, storage devices, interconnections between states and the whole system to allow greater penetration of green electricity. They must also accelerate the process of connecting to the networks of new production facilities and, together with the recognition of priority, may provide reserve capacity for the same connection.

More fundamentally, included in the new Directive, remains the assurance that operators of transmission and distribution systems comply with these rules, minimizing restrictions on green electricity. Hence the duty to strengthen the demand on them by the Member States, reaffirming the duty to provide information and publicity of the rules on allocation of costs of technical adaptations, connection and reinforcement of networks for newcomers, reasonable and precise timetables for receiving and processing applications, non-discriminatory tariffs and reflection of associated benefits, etc. (Art. 16).

## 5. Evaluation of results

Official reports of the European Commission, the Economic and Social Committee and other community institutions to assess the implementation of RES-E Directive issued in 2005 and 2006 have evaluated the progress achieved and the possibility of achieving by 2010 the target for the share of renewable energy reaching 10–12% in total energy consumption in Europe, which refers to green electricity of 19–21%.

The reports note that all Member States have set national targets and have developed policies to improve the legal and financial conditions for renewable energy.

However, the situation varies greatly from one country to another. They can be divided into three groups:

- In the group of countries that have adopted measures so that they may achieve the national objectives is Spain, with Germany, Denmark and Finland.
- In the rest of Europe, the situation would not be so optimistic, because existing measures, the EU-15 would get a share of between 18 and 19% in 2010.
- Most (France, UK, etc.) have begun to take steps in that direction. Greece and Portugal still have to improve their policies, which preclude them from achieving those objectives.
- About Italy and Luxembourg the reports acknowledge that no information is available. Our information is that the Commission, for these reasons, has launched infringement proceedings against six Member States.

Visiting the different renewable energy sources, the reports trust especially in the development of technologies using wind, solar and biomass. And they stress the wind, where European companies have 90% of the world equipment market and Germany, Spain and Denmark account for 84% of all European production capacity. In fact, that wind power is exceeding expectations and is expected to grow in more member countries and the emergence of new plants offshore.

The Commission proposes strengthening network infrastructure as necessary for continued development of these facilities and taking advantage of its great potential.

The use of biomass, however, suffers from lack of coordination with other policies and lack of financial support, although Denmark, Finland and the UK experienced strong growth of this energy source and new countries have significant potential to generate electricity and heat with it.

Photovoltaic power, in the short term, may experience significant development if it creates a framework that provides companies a return on their investment.

In Spain, the official statistics of the Ministry of Industry show that in 2010 the target of wind energy plants (99% of 20.155 MW) was reached, while they were ahead of the plans related to PV (292% about 1.331 MW) and solar thermal (106% above 500 MW). The rest (co-generation, biomass, municipal waste, etc.) have had remarkable results.



## 6. The effects of the economic crisis and conclusions

To address the double crisis, energy and finance, the European Commission in late 2008 presented „An economic recovery plan” in which the European energy program was a key element.

As a more tangible in this area, Regulation (EC) No 663/2009, of the Parliament and the Council of 13 July 2009 can be cited, establishing a program to assist economic recovery by the granting of Union financial assistance to projects in the field of energy, amounting to 3,980 million euro. Especially for the creation of infrastructure facilities (2,356), production of energy from offshore wind (565) and carbon capture and storage (1,050).

It is, in our view, a positive step, but clearly not enough.

We can see that the economic crisis is causing a rethinking of national systems for the promotion of renewable energy, which in turn calls into question the continuity of European energy policy, with such recent design.

Thus, France prepared a substantial aid system cut and, in particular, halving the 50% tax deduction to be enjoyed by domestic photovoltaic installations.

For its part, Germany decided to extend the life of nuclear power plants between 14 and 18 years. Although it was criticized by opponents of nuclear energy, this measure was presented by the Government to guarantee the electricity supply, reduce CO<sub>2</sub> emissions and facilitate the development of renewable energy, thanks to new tax on atomic components and payments to be made to promote renewable energy.

But I am not going to talk about other countries. This shift is especially notable in Spain. With the Act 54/1997 “on the Electricity Sector”, our country has followed a successful policy of encouraging such alternative sources that consists, in short, of ensuring the acquisition of all energy produced and paying a remuneration fee that ensures a return on investment and a reasonable profit. No provisions for limits on the expansion of these facilities (photovoltaic gardens, wind farms, cogeneration plants, etc.) were established. It has allowed an increasing development of the same, attracting heavy investments by large companies and small investors, including foreign capital, which in turn facilitated the technological research and development of industry equipment, construction and maintenance more efficient in both cost savings and productivity.

But the continuity of this is seriously threatened because of new rules passed by the Government at the end of 2010 (Real Decreto 1565/2010, of 19 November, Real Decreto 1614/2010 of 7 December and Real Decreto-Ley 14/2010, of 23 December). This new law reduces the remuneration rate that these facilities enjoyed, with the argument that poses a high burden on the entire electrical system and, ultimately, the prices paid by consumers, whether domestic, transport, industry, farmers, etc. which hinders the competitiveness of our economy to get out of the economic crisis.

This is undoubtedly a very sensitive debate, which is causing the cessation of new investment projects in the sector and is thus reducing production equipment, assembly activities, scientific and technological research and so eliminating the progress in lower costs and greater efficiency. In addition, it is deepening the economic crisis and unemployment.

It is obviously a very complex debate. There are reasons of substantive justice that can assist those who have risked their money contributing to government policy and now they have been defrauded and ruined. From a strictly legal point of view, it is no exaggeration to say that the new rules violate the principles of legal certainty, good faith and legitimate expectations, and Directives on the promotion of renewable energy.

Prices, tariffs, tolls and, in general, the operation of the electricity market is far from transparent and competitive in Spain. An oligopoly of large companies dominates the pricing system, and the daily electricity market gives the highest marginal reward obtained by auction to all energy gained, regardless of the tremendous disparity in costs between, for example, a thermoelectric power plant and a hydroelectric plant.

However the Directives on the internal electricity market imposed the juridical and accounting separation, the vertical integration model in the companies of this sector still continues by creating subsidiary companies, who obey the same business strategy. This is another factor that adds opacity and makes the entry of new independent competitors difficult. These holding companies operate both in the market of ordinary generation (nuclear, hydro, etc.) and renewable sources. Because they are the owners of the grid systems, they control the access to distribution networks of new producers. These are just some examples that deserve a case study analysis.

Hence, as a first conclusion, we should advocate a real and effective application of European legislation, contributing to put light, transparency and objectivity to a national debate clouded by corporate interests, the economic situation and the search of short-term solutions. We have to solve the urgency, but without risking what is more important: establishing a sustainable economy.

The unexpected recent events in northern Africa should remind us that Europe remains highly exposed to the energy crisis. The tsunami of Japan remind us the risk of nuclear power. Nor can we forget our commitments with the international community (United Nations Framework Convention on Climate Change, adopted in New York in 1992, and the Kyoto Protocol of 1997).

Along with this, it may be time to move seriously towards the harmonization of national support systems for renewable energies.

So far the EU has held that, although desirable, harmonization of national systems to support green electricity cannot be established because the public systems are varied and different from one country to another.

Hence, postponing the decision leads to the long term and that, until now, the EU has been limited to sponsoring national systems, trying to coordinate, analyze their shortcomings

and stimulate the necessary changes to be introduced. At best, it has come to fund research and pilot projects, certain transportation network infrastructure identified as priorities and, where appropriate, establish common technical standards on safety and interoperability.

However, national and European support is not sufficient to ensure the consolidation of renewable energy. As we have seen, the systems often serve local factors such as the abundance of some natural and other resources. Economic situations and changing policies can induce growth-restricting phenomena that create risk for investors and stop the progress achieved.

The truth is that renewable energy technologies still require support in order to break into the current energy market, emerging industry and creating new businesses and jobs, helping to ensure supply in Europe and meet their reduction commitments on climate change. However, the excessive price of electricity may become a burden for consumers and industries in those countries that decided to make a bet for them, threatening their competitiveness and employment, while others may take a more passive role looking for an advantageous position, which ultimately will be a drag on economic growth sustainable in Europe.

We agree that the support mechanisms should not be kept indefinitely and should even be removed for those technologies that do not need them. The creation of fictitious jobs, which disappear at the end of subsidies, is another risk to avoid.

But Directive 2001/77/EC, by allowing States to organize support measures has allowed the inconsistencies and distortions of markets, loss of synergies, lack of incentives and marketing channels, and unnecessarily high costs. Directive 2009/28/EC does not provide radically different solutions to address these problems.

This could be overcome by adopting a common European approach. With more reason now that the Lisbon Treaty has raised energy policy to the category of common policy and the promotion of renewable energy is one of its cardinal objectives. Hence, as a final conclusion, we should advocate the establishment of a European scheme to give stable support to this sector.

As pointed out by some scientists, the fossil fuel age will not end short-term depletion of oil, natural gas and coal, whose proven reserves can last as little 60, 120 and 1,500 years respectively. In the same way the Stone Age did not end for lack of stones, breaking the current energy model can only come from a technological change based on the use of renewable energy.

This change is at hand, because there is scientific basis that allows it. So what is needed is to persevere in a European public policy that promotes the virtuous cycle that moves the wheels of subsequent applied research, technological development, investment in facilities, production and sale of energy, demand for new goods equipment, machinery, improved means of operation, greater knowledge of management, all of which, with consequent economies of scale, contribute to reducing costs, increasing economic efficiency and competitiveness of renewable energies within the internal market.

Our final conclusion is the value of a European wide regulation to correct the reported national deviations, ensure an equitable distribution of benefits and burdens and give a new impulse to the wheels of progress.

Further reading:

CARDENAS ORTIZ, M.C., “Aspectos financiero, administrativo y jurisdiccional de las ayudas de estado en la Unión Europea”, Ed. Comares, 2003.

COMISIÓN EUROPEA, “Electricidad generada a partir de energías renovables. Promoción de la electricidad verde en Europa”, Oficina de Publicaciones de las Comunidades Europeas, 2004

DELGADO PIQUERAS, F. “La política europea de fomento de las energías renovables frente al cambio climático”, en *Derecho y Cambio Climático*, compilado por M.P. García Pachón y O.D. Amaya Navas, Univ. Externado de Colombia, 2010.

DELGADO PIQUERAS, F. “El marco jurídico de la política energética europea, con especial referencia a la electricidad verde”, en el libro “Estudios de la Unión Europea”, dirigido por L. Ortega y S. de la Sierra, Tirant Lo Blanch, 2011.

DOMINGO LOPEZ, E., “Régimen jurídico de las energías renovables y la cogeneración”, INAP, 2000.

ESTOA PEREZ, A., “El control de las ayudas de Estado”, Iustel, 2006.

JIMENO FELIU, J.M., “El servicio público eléctrico en el mercado interior europeo”, Civitas, 1994.

LOPEZ GARRIDO, D., “La Constitución Europea”, Bomarzo, 2005.

MUÑOZ MACHADO et alli, “Derecho de la regulación económica. Sector Energético”, Iustel, 2 tomos, 2009.

ORTEGA ALVAREZ, “The europeanization of the Pubic Law and the European Constitution”, Lex Nova, 2005.

PLAZA MARTÍN, C., “Derecho Ambiental de la Unión Europea”, Tirant lo Blanch, 2005.

SÁNCHEZ LEGIDO. A. et alli, “Instituciones de Derecho Comunitario”, Tirant lo Blanch, 2000.

